

**De juridische aspecten van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening  
(Kifid) anno 2015**

### *Serie-informatie*

Dit boek is het dertiende deel van een boekenreeks van Uitgeverij Paris: de ACIS-serie.

ACIS staat voor het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies. Dit multidisciplinaire onderzoekscentrum legt zich toe op wetenschappelijk onderzoek op het terrein van verzekeringen. In de ACIS-serie verschijnen onder andere ACIS-symposiumbundels, dissertaties van ACIS-onderzoekers, oraties van ACIS-onderzoekers en andere wetenschappelijke onderzoeksresultaten op het terrein van verzekeringen.

De ACIS-serie staat onder redactie van prof. dr. M.L. Hendrikse, prof. dr. J.G.J. Rinkes en prof. dr. ir. M.H. Vellekoop.

# De juridische aspecten van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) anno 2015

Deel 13 ACIS-serie

*Mr. D.P.C.M. Hellegers*

Zutphen 2015



---

UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-092-0  
NUR 827

© 2015 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

# **De juridische aspecten van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) anno 2015**

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Open Universiteit  
op gezag van de rector magnificus  
prof. mr. A. Oskamp  
ten overstaan van een door het  
College voor promoties ingestelde commissie  
in het openbaar te verdedigen

op vrijdag 27 november 2015 te Heerlen  
om 16:00 uur precies

door

**Donald Pierre Clemens Maria Hellegers**  
geboren op 23 oktober 1964 te Maastricht

**Promotores:**

Prof. dr. M.L. Hendrikse, Open Universiteit

Prof. dr. J.G.J. Rinkes, Open Universiteit

**Overige leden van de beoordelingscommissie:**

Prof. dr. C.E. du Perron LLM, Universiteit van Amsterdam

Prof. dr. R. Steennot, Universiteit Gent

Prof. dr. A.L.H. Ernes, Open Universiteit

Prof. dr. H.C.G. Spoormans, Open Universiteit

Mr. dr. A. Hammerstein, Hoge Raad der Nederlanden

# Inhoudsopgave

## **Lijst van afkortingen / 9**

## **Voorwoord / 13**

### **1 Inleiding / 15**

- 1.1 Aanleiding tot het onderzoek / 15
- 1.2 Nadere afbakening en relevantie van het onderzoek / 16
- 1.3 Hoofdstukindeling / 18
- 1.4 Onderzoeksmethode / 19
- 1.5 Opmerking vooraf / 19

### **2 De ontstaansgeschiedenis van Kifid / 21**

- 2.1 Enkele Europeesrechtelijke ontwikkelingen / 21
- 2.2 De nota ‘Bemiddeling in Financiële Diensten’ en consultatie van marktpartijen / 23
- 2.3 Het SER-advies ‘Bemiddeling in financiële diensten’ / 25
- 2.4 Het Platform Financiële Dienstverlening en de Commissie Klachten-regeling Financiële Dienstverleners / 26
- 2.5 Ontwikkelingen rondom de totstandkoming van de Wet financiële dienstverlening / 29
- 2.6 Intentieverklaring Stichting Geschilleninstantie Financiële Dienstverlening (GIFID) / 31
- 2.7 Aanvraag tot erkenning / 34
- 2.8 Samenvatting / 35

### **3 De opzet en inrichting van Kifid in historisch perspectief / 37**

- 3.1 Inleiding / 37
- 3.2 De initiële statuten / 38
- 3.3 Statutenwijziging per 15 maart 2007 / 42
- 3.4 De instelling van een beroepsinstantie per 1 juli 2008 / 46
- 3.5 De bevindingen van de Commissie-De Wit en daarmee samenhangende ontwikkelingen / 47
- 3.6 Statutenwijziging per 30 september 2011 / 55
- 3.7 De opzet en inrichting per 12 december 2014 / 59
- 3.8 Samenvatting / 62

### **4 Inzicht in het complex van de voor Kifid relevante rechtsnormen en rechtsverhoudingen / 65**

- 4.1 Inleiding / 65
- 4.2 Aanbeveling 98/257/EG / 72

|          |                                                                                                                                                                                  |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4.3      | Aanbeveling 2001/310/EG / 76                                                                                                                                                     |
| 4.4      | Richtlijn ADR consumenten en Verordening ODR consumenten / 79                                                                                                                    |
| 4.5      | Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten / 84                                                                                                      |
| 4.5.1    | Algemeen / 84                                                                                                                                                                    |
| 4.5.2    | Definities en toepassingsbereik / 86                                                                                                                                             |
| 4.5.3    | Aan instanties en procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting gestelde eisen / 88                                                                                   |
| 4.6      | De in het BGfo opgenomen voorwaarden / 99                                                                                                                                        |
| 4.7      | De onderlinge rechtsverhouding tussen de verschillende actoren bij en organen van Kifid / 109                                                                                    |
| 4.7.1    | Inleiding / 109                                                                                                                                                                  |
| 4.7.2    | De rechtsverhouding tussen de Aangeslotene(n) en Kifid / 115                                                                                                                     |
| 4.7.3    | De rechtsverhouding tussen 'de klager' en Kifid / 127                                                                                                                            |
| 4.7.4    | De rechtsverhouding tussen 'de klager' en de Aangeslotene / 130                                                                                                                  |
| 4.7.5    | De rechtsverhouding tussen Kifid en zijn scheidslieden / 139                                                                                                                     |
| 4.7.6    | De rechtsverhouding tussen de partijen en de scheidslieden / 146                                                                                                                 |
| 4.8      | Samenvatting / 147                                                                                                                                                               |
| <b>5</b> | <b>De statuten en reglementen van Kifid bezien in het licht van het complex van voor Kifid relevante rechtsnormen en rechtsverhoudingen / 151</b>                                |
| 5.1      | Inleiding / 151                                                                                                                                                                  |
| 5.2      | Een duidelijke omschrijving van de soort geschillen die aan Kifid kunnen worden voorgelegd / 152                                                                                 |
| 5.3      | Regels met betrekking tot het aanhangig maken van een geschil / 158                                                                                                              |
| 5.4      | Een duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil bij Kifid aanhangig kunnen maken / 160                                                                               |
| 5.5      | Regels met betrekking tot het mededelen van de mogelijkheid van beroep, de wijze en termijn van het instellen van dit beroep / 164                                               |
| 5.6      | Regels met betrekking tot de behandeling van een geschil, het beroep, verkorte schriftelijke procedures en voorlopige oordelen / 165                                             |
| 5.7      | Regels met betrekking tot wraking van een lid van het orgaan / 178                                                                                                               |
| 5.8      | Regels omtrent hoor, wederhoor, vertegenwoordiging, deskundigen, deskundigenadviezen en getuigen / 180                                                                           |
| 5.9      | Regels op grond waarvan de geschilleninstantie haar beslissingen baseert / 187                                                                                                   |
| 5.10     | Artikel 48 lid 1 onderdeel k en l BGfo en artikel 9 lid 2 Implementatiewet / 188                                                                                                 |
| 5.11     | Artikel 48 lid 1 onderdeel m BGfo en artikel 7 onder c Implementatiewet / 191                                                                                                    |
| 5.12     | Regels met betrekking tot de mogelijkheid om partijen in de kosten van de behandeling van een geschil te veroordelen en vaststelling van een hierbij geldend maximumbedrag / 192 |
| 5.13     | Artikel 48 lid 1 onderdeel o BGfo en artikel 8 lid 1 onderdeel c Implementatiewet / 193                                                                                          |
| 5.14     | Artikel 4 onder a en artikel 7 onder a Implementatiewet / 194                                                                                                                    |



|             |                                                                                                              |
|-------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5.15        | De statuten en reglementen van Kifid en eisen ten aanzien van onafhankelijkheid en onpartijdigheid / 195     |
| 5.16        | De reglementen bezien in het licht van eisen ten aanzien van deskundigheid / 203                             |
| 5.17        | Samenvatting / 205                                                                                           |
|             | <b>Samenvatting / 209</b>                                                                                    |
|             | <b>Summary / 211</b>                                                                                         |
|             | <b>Literatuurlijst / 213</b>                                                                                 |
|             | <b>Rechtspraakregister / 223</b>                                                                             |
|             | <b>Artikelenregister / 227</b>                                                                               |
| Bijlagen    | <b>Delphi-onderzoek / 231</b>                                                                                |
| Bijlage I   | <b>Tekst van het aan de geselecteerde deskundigen verstuurd verzoek tot deelname aan het onderzoek / 233</b> |
| Bijlage II  | <b>Benaderde ‘(ervarings)deskundigen’ Delphi-onderzoek Kifid / 235</b>                                       |
| Bijlage III | <b>Opdracht bij ADR test / 237</b>                                                                           |



# Lijst van afkortingen

|         |                                                                  |
|---------|------------------------------------------------------------------|
| AA      | Ars Aequi                                                        |
| Adfiz   | Adviseurs in financiële zekerheid                                |
| ADR     | alternatieve geschillenbeslechting                               |
| AFM     | Autoriteit Financiële Markten                                    |
| A-G     | advocaat-generaal                                                |
| art.    | artikel                                                          |
| AV&S    | Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade                          |
| Bfd     | Besluit financiële dienstverlening                               |
| BGfo    | Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen                 |
| Brra    | Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren                    |
| B.V.    | besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid             |
| BW      | Burgerlijk Wetboek                                               |
| CHF     | Contactorgaan Hypothecair Financiers                             |
| CKFD    | Commissie Klachtenregeling Financiële Dienstverleners            |
| d.d.    | de dato                                                          |
| DNB     | De Nederlandsche Bank                                            |
| DSI     | Dutch Securities Institute                                       |
| ECD     | Economische Controledienst                                       |
| ECRM    | European Court of Human Rights                                   |
| EEG     | Europese Economische Gemeenschap                                 |
| EG      | Europese Gemeenschappen                                          |
| EHRM    | Europees Hof voor de Rechten van de Mens                         |
| ESMA    | European Securities and Markets Authority                        |
| EU      | Europese Unie                                                    |
| EUH     | Handvest van de grondrechten van de Europese Unie                |
| EVRM    | Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens                     |
| FIN-NET | Financial Dispute Resolution Network                             |
| FOV     | Federatie Onderlinge Verzekeraars                                |
| GFD     | Geschillencommissie Financiële Dienstverlening                   |
| GIFID   | Stichting Geschilleninstantie Financiële Dienstverlening         |
| GPR     | Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht                         |
| Gw      | Grondwet                                                         |
| HvJ EG  | Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen                  |
| HvJ EU  | Hof van Justitie van de Europese Unie                            |
| HR      | Hoge Raad                                                        |
| IPR     | internationaal privaatrecht                                      |
| IVBPR   | Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten |
| JAR     | Jurisprudentie Arbeidsrecht                                      |
| JBPR    | Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht                            |
| JOR     | Jurisprudentie Onderneming & Recht                               |

---

|        |                                                                                      |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| KG     | Kort Geding                                                                          |
| Kifid  | Klachteninstituut Financiële Dienstverlening                                         |
| LOVCK  | Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton                                         |
| MvV    | Maandblad voor Vermogensrecht                                                        |
| NAI    | Nederlands Arbitrage Instituut                                                       |
| NBVA   | Nederlandse vereniging van onafhankelijke financiële en assurantieadviseurs          |
| NIPR   | Nederlands Internationaal Privaatrecht                                               |
| NJ     | Nederlandse Jurisprudentie                                                           |
| NTBR   | Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht                                         |
| NtEr   | Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht                                           |
| NTHR   | Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht                                             |
| N.V.   | naamloze vennootschap                                                                |
| NVA    | Nederlandse Vereniging van Assurantieadviseurs en financiële dienstverleners         |
| NVB    | Nederlandse Vereniging van Banken                                                    |
| NVF    | Nederlandse Vereniging van zelfstandige en onafhankelijke Financiële Dienstverleners |
| NVGA   | Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigde Assurantiebedrijven                        |
| NVMV   | Nederlandse Vereniging van Mediators in de Verzekeringsbranche                       |
| ODR    | onlinegeschillenbeslechting                                                          |
| PbEG   | Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen                                        |
| PbEU   | Publicatieblad van de Europese Unie                                                  |
| PFD    | Platform Financiële Dienstverlening                                                  |
| PIV    | Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars                                  |
| Pres.  | President                                                                            |
| Rb.    | Rechtbank                                                                            |
| ROGFD  | Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid)         |
| Rv     | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering                                              |
| RvA    | Raad van Arbitrage voor de Bouw                                                      |
| Rvdr   | Raad voor de rechtspraak                                                             |
| RvdW   | Rechtspraak van de Week                                                              |
| SEH    | Stichting Erkenningregeling Hypotheekadviseurs                                       |
| SER    | Sociaal-Economische Raad                                                             |
| SEW    | Tijdschrift voor Europees en economisch recht                                        |
| SGC    | Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken                                 |
| SKGZ   | Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen                                   |
| SKHB   | Stichting Keurmerk Hypotheek Bemiddeling                                             |
| SKV    | Stichting Klachteninstituut Verzekeringen                                            |
| Stb.   | Staatsblad                                                                           |
| Stcrt. | Staatscourant                                                                        |
| TM     | Toelichting Meijers                                                                  |
| TvA    | Tijdschrift voor Arbitrage                                                           |
| TvC    | Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken                               |
| UvA    | Universiteit van Amsterdam                                                           |
| VEU    | Verdrag betreffende de Europese Unie                                                 |
| VFFP   | Vereniging van Gecertificeerd financieel planners                                    |

|           |                                                                       |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------|
| VFN       | Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland                |
| vgl.      | vergelijk                                                             |
| VvHN      | Vereniging van Hypotheekadviseurs in Nederland                        |
| VvV       | Verbond van Verzekeraars                                              |
| VWEU      | Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie                   |
| Wabb      | Wet algemene bepalingen burgerservicenummer                           |
| WAM       | Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen                      |
| Wck       | Wet op het consumentenkrediet                                         |
| Wfd       | Wet financiële dienstverlening                                        |
| Wft       | Wet op het financieel toezicht                                        |
| Wmz 1996  | Wet melding zeggenschap in ter beurse genoteerde vennootschappen 1996 |
| WPNR      | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie                  |
| Wrra      | Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren                             |
| Wtb       | Wet toezicht beleggingsinstellingen                                   |
| Wte 1995  | Wet toezicht effectenverkeer 1995                                     |
| Wtk 1992  | Wet toezicht kredietwezen 1992                                        |
| Wtn       | Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf                       |
| Wtvb 1993 | Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993                                 |
| Zvw       | Zorgverzekeringswet                                                   |



# Voorwoord

*‘Bindend adviseurs beslissen als goede mannen naar redelijkheid en billijkheid’*. Niet zelden wordt dit als antwoord gegeven op de vraag welke maatstaf een bindend adviseur heeft toe te passen bij de beslechting van geschillen. Als bindend adviseur die consumentengeschillen beslecht wilde ik weten of dit antwoord juist is en welke grenzen een bindend adviseur bij de beslechting van geschillen in acht dient te nemen.

Omstreeks dat moment, het is dan 2007, is er juist een nieuw facultair onderzoeksprogramma gestart bij mijn werkgever, de faculteit rechtswetenschappen van de Open Universiteit. Het antwoord op mijn onderzoeksvraag blijkt een bijdrage te kunnen leveren aan het beantwoorden van de hoofdvragen uit dit onderzoeksprogramma. Al snel wordt dan ook gevraagd een onderzoekplan op te stellen en ‘ontaardt’ mijn op het oog overzichtelijke vraag tot een plan voor een promotietraject. Marc Hendrikse en Jac Rinkes, mijn beoogde promotoren, komen met de suggestie het onderzoek toe te spitsen op het op dat moment pas opgerichte Kifid. Omdat mijn belangstelling ook uitgaat naar het financieel recht, kon ik mij meteen vinden in dat idee. Wat ik toen niet kon bevroeden, was dat de kredietcrisis zich zou voordoen en het Kifid mede ten gevolge van de woekerpolisaffaire met nieuwe en steeds verder aangescherpte wetgeving te maken zou krijgen. Het onderzoek heeft daardoor langer geduurd en meer tijd gekost dan ik vooraf heb voorzien. Op de vraag die Jac Rinkes mij onlangs stelde of mijn gezin daar iets van heeft gemerkt, werd (enigszins cynisch geloof ik) door het thuisfront opgemerkt dat ik de afgelopen periode te allen tijde volledig ontspannen ben geweest. Het moge duidelijk zijn dat dit project zeker af toe ten koste is gegaan van ‘quality time’ met het gezin. Mijn dank gaat daarom in de eerste plaats en in het bijzonder uit naar mijn lieve Marilies, Emilie, Philippe en Xavier!

Mijn dank gaat echter ook uit naar de Open Universiteit in het algemeen en mijn promotoren Jac en Marc in het bijzonder. De Open Universiteit heeft mij namelijk de ruimte geboden om dit project mogelijk te maken en Jac en Marc stonden als dat nodig was meteen voor mij klaar.

Mijn erkentelijkheid gaat uit naar de leden van de promotiecommissie voor de tijd en energie die zij aan mijn promotie hebben besteed. De promotiecommissie bestond uit de leden van de beoordelingscommissie (prof. dr. C.E. du Perron LLM, prof. dr. R. Steennot, prof. dr. A.L.H. Ernes, prof. dr. H.C.G. Spoormans en mr. dr. A. Hammerstein) en daarnaast uit prof. dr. B. Weyts, prof. dr. R.J. Verschoof en prof. dr. A.W. Jongbloed.

Een laatste woord van dank richt ik tot mijn ouders. Zonder het door hen bijgebrachte doorzettingsvermogen had ik dit project nooit tot een goed einde kunnen brengen.

U, geachte lezer, dank ik voor de interesse in mijn boek. Wilt u reageren, dan kunt u mij bereiken op het volgende e-mailadres: [donald.hellegers@ou.nl](mailto:donald.hellegers@ou.nl).

Donald Hellegers  
Heerlen, 11 september 2015



# Hoofdstuk 1

## Inleiding

### 1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Voorafgaand aan en in verband met de oprichting van Kifid, welke heeft plaatsgevonden op 21 juni 2006, hebben Hendrikse en Rinkes een preadvies geschreven waarin zij onder meer de vraag beantwoordden met welke belangrijke juridische randvoorwaarden rekening zou moeten worden gehouden bij de inrichting van Kifid en welke beperkingen en mogelijkheden deze randvoorwaarden opleverden.<sup>1</sup> Het preadvies behelst een onderzoek naar de diverse mogelijkheden tot inrichting van Kifid en de daarbij te overwegen voor- en nadelen van mogelijke keuzes, waarbij het uitdrukkelijk niet de bedoeling van de preadviseurs is geweest om de inrichting van Kifid aan de orde te stellen.<sup>2</sup>

Kifid is op 1 april 2007 officieel van start gegaan met zijn werkzaamheden en is dus alweer een aantal jaren in bedrijf. Aan de inrichting van Kifid is sedert de oprichting het nodige versleuteld. Soms gebeurde dit na wijziging van specifieke of algemene wettelijke randvoorwaarden. Zo zijn sinds de oprichting onder meer de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (hierna: BGfo) op onderdelen gewijzigd en zijn verder de Richtlijn ADR consumenten,<sup>3</sup> de Verordening ODR consumenten<sup>4</sup> en de daarop gebaseerde Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten<sup>5</sup> in werking getreden. Sommige (doorgaans: meer) organisatorische wijzigingen heeft Kifid echter uit eigen keuze doorgevoerd. Te denken valt daarbij aan de keuze van het bestuur van Kifid om in 2008 de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening in het leven te roepen. Gezien het belang van Kifid bij de buitengerechtelijke beslechting van geschillen op – kort gezegd – financieel terrein is het moment aangewezen om kritisch te bezien hoe Kifid thans functioneert in het licht van de meest belangrijke juridische randvoorwaarden zoals vastgelegd in wetgeving, rechtspraak en doctrine. Dit is dan ook de centrale vraag van het onderhavige on-

---

1. Hendrikse & Rinkes 2006, p. 15.

2. Hendrikse & Rinkes 2006, p. 9.

3. Richtlijn 2013/11/EU betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2013, L 165/63.

4. Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2013, L 165/1.

5. Wet van 16 april 2015 tot implementatie van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG en uitvoering van de Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten), *Stb.* 2015, 160.

derzoek. Gaandeweg zullen in ieder geval ook de volgende stellingen/aannames op hun validiteit worden beoordeeld:

1. Nederland voldoet aan de Europese regelgeving ten aanzien van buitengerechtelijke beslechting van geschillen omtrent door financiële dienstverleners aan consumenten geleverde financiële diensten.
2. Bij arbitrage en (onzuiver) bindend advies is er steeds sprake van een overeenkomst van opdracht tussen de procespartijen enerzijds en de scheidsrechter(s) anderzijds.
3. Alle beginselen van behoorlijk procesrecht hebben te gelden als minimumvoorwaarden bij zowel arbitrale procedures als bij bindend advies.
4. Uitgangspunt is dat ook andere geschilleninstanties dan Kifid en SKGZ aangewezen kunnen worden als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wft en het voor kan komen dat een financiële dienstverlener zich bij meerdere erkende geschilleninstanties moet aansluiten.<sup>6</sup>
5. Het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) kan worden beschouwd als houdende algemene voorwaarden van de vaststellingsovereenkomst.<sup>7</sup>

## 1.2 Nadere afbakening en relevantie van het onderzoek

Gezien de centrale vraagstelling sluit dit onderzoek in zekere mate aan op het bovengenoemde preadvies van Hendrikse en Rinkes, aangezien zij preadviseerden in de tijd dat Kifid nog niet bestond (een preadvies naar de letter). Omdat de door Hendrikse en Rinkes geschetste juridische randvoorwaarden waaraan Kifid heeft te voldoen evenwel aan veranderingen onderhevig zijn geweest, dienen die ontwikkelingen sinds 2006 nu nader te worden geanalyseerd. Hierbij zal nogal eens worden teruggegrepen op voormeld advies. Het voorliggende proefschrift heeft tevens raakvlakken met het dissertatieonderzoek dat Ernste heeft verricht naar bindend advies, maar beantwoordt andere vragen.<sup>8</sup> Ernste heeft een antwoord gezocht op twee hoofdvragen, namelijk de vraag *“of de wezenlijke regels van procesrecht, die in het kader van rechtspraak door de overheidsrechter wettelijk zijn geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ook worden gewaarborgd in de bindend-adviesprocedure en/of het wenselijk is dat deze wezenlijke regels van procesrecht worden gewaarborgd in de bindend-adviesprocedure”* en de vraag of procedureregels voor bindend advies wettelijk dienen te worden vastgelegd, maar biedt geen antwoord op de vraag die in dit onderzoek centraal staat.<sup>9</sup>

Het vinden van een antwoord op de centrale vraag in dit onderzoek (hoe functioneert Kifid binnen de grenzen van het recht) heeft zowel een wetenschappelijk als een praktisch belang, omdat dit antwoord niet in andere, waaronder voornoemde, onderzoeken te vinden is. Beoogd wordt namelijk een beter inzicht te krijgen in de rechtsverhoudingen tussen de verschillende actoren die betrokken zijn bij een alternatieve geschillenbeslechttingsinstantie als Kifid. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de rechtsverhouding tussen de organen van Kifid onderling,

6. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 3, p. 91.

7. Vgl. Kamphuisen 2008, p. 89.

8. Ernste 2012.

9. Ernste 2012, p. 6.

maar ook aan de rechtsverhouding tussen de (proces)partijen, Kifid en de daaraan verbonden bindend adviseurs. Hierbij dient te worden aangetekend dat het onderzoek zich toespitst op Kifid, maar de onderzoeksresultaten ook in algemene zin een licht (kunnen) werpen op de rechtsverhoudingen bij arbitrage en bindend advies in georganiseerde vorm (institutioneel) als in ongeorganiseerde vorm (dat wil zeggen op ad-hocbasis), zoals ook zal blijken uit de antwoorden op de in paragraaf 1.1 genoemde stellingen.

Naarmate alternatieve geschillenbeslechting steeds verder toeneemt, neemt ook het wetenschappelijk en het praktisch belang toe om goed inzicht te hebben in de rechtsverhoudingen tussen de verschillende actoren die betrokken zijn bij een alternatieve geschillenbeslechtsinstantie. In dit verband valt op te merken dat de Europese wetgever de verwachting heeft dat het aantal zaken dat met een Uniebreed systeem voor onlinegeschillenbeslechting (ODR) wordt afgehandeld zal groeien van 17 500 klachten in 2010 naar 100 000 klachten in 2020.<sup>10</sup> Alternatieve geschillenbeslechting is dan ook een markt geworden. Ook op het gebied van de beslechting van geschillen in de financiële wereld zijn er diverse meer of minder gespecialiseerde marktpartijen.<sup>11</sup>

Zoals Hendrikse en Rinkes al opmerkten in hun preadvies,<sup>12</sup> kan de oprichting van Kifid niet los worden gezien van de invoering van de Wet financiële dienstverlening (Wfd) in 2006 en de Wet op het financieel toezicht (Wft) in 2007. Daarom zal in dit proefschrift ruim aandacht worden besteed aan de nog relatief korte totstandkomingsgeschiedenis van Kifid in het licht van voornoemde wetgeving. Daarnaast zal met name stil worden gestaan bij de recente Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten en de vraag hoe de huidige inrichting van Kifid zich verhoudt tot de in die wet gestelde eisen. In maatschappelijk opzicht is het tevens de moeite waard om over het antwoord op de probleemstelling te beschikken omdat, ondanks het feit dat de Minister van Financiën in antwoord op Kamervragen in december 2014 aan de Tweede Kamer heeft laten weten dat het instituut naar het oordeel van het kabinet goed functioneert,<sup>13</sup> het functioneren van Kifid meer dan de andere alternatieve geschillenbeslechtsinstanties al geruime tijd in het middelpunt van de belangstelling staat.<sup>14</sup>

De centrale probleemstelling van dit dissertatieonderzoek sluit aan bij het facultaire onderzoeksprogramma van de Faculteit Cultuur & Rechtswetenschappen (wetenschapsgebied Rechtswetenschappen 2014-2019), waarin de volgende vraag centraal staat:

10. Zie de in bijlage II bij Verordening (EU) 254/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 tot vaststelling van een meerjarig consumentenprogramma voor de jaren 2014-2020 en tot intrekking van Besluit 1926/2006/EG genoemde 'Doelstelling III', *PbEU* 2014, L 84/55.

11. Hammerstein 2014, p. 8.

12. Hendrikse & Rinkes 2006, p. 16-17.

13. *Kamerstukken II* 2014/15, 29507, 124, p. 18.

14. Zie onder meer: 'Veel gesteggel rond net geopend Kifid-loket voor derivaten', *Het Financieele Dagblad* 26 januari 2015, p. 15; 'Vastlopen bij het Kifid', *Geldgids* november 2014, p. 42-44; 'Klagen bij het Kifid, Oefening in geduld', *Geldgids* juni 2013, p. 25-27, [www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/gidsarchief/geldgids/2013/gg201306p25\\_Klagen\\_bij\\_het\\_kifid.pdf](http://www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/gidsarchief/geldgids/2013/gg201306p25_Klagen_bij_het_kifid.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015; 'Veel financiële bedrijven sturen klagers het bos in', *Het Financieele Dagblad* 17 april 2013; 'Financieel klachtenloket wimpelt veel klagers af', *Het Financieele Dagblad* 21 april 2011; 'Banken hinderen Ombudsman', *Het Financieele Dagblad* 30 mei 2011; 'Betalers bepaalt bij Kifid', *Het Financieele Dagblad* 30 mei 2011 en 'Financiële Ombudsman is nu papieren tijger', *Het Financieele Dagblad* 31 mei 2011.

*“Hoe functioneert het recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving, rekening houdende met (nieuwe) verweven rechtsverhoudingen, rechtsvormers en rechtsbronnen en kan het recht een rol spelen in het creëren, bestendigen en ordenen van verbandingen?”<sup>15</sup>*

Dit onderzoeksprogramma kent een aantal subthema's, waaronder 'multidimensionale en meerpartijenverhoudingen in het recht' (over de ontwikkeling dat door economische verdichting diverse op zich losstaande rechtsverhoudingen steeds dichter tot elkaar komen te staan in multidimensionale contractsverhoudingen), 'de invloed van globalisering en Europeanisering op/van het recht' (waarbij onder meer wordt gefocust op de alsmaar toenemende grensoverschrijdende publiek-private samenwerkingsverbanden) en '(nieuwe) rechtsvormers en rechtsbronnen in de geïndividualiseerde netwerksamenleving' (over het vervagen van de grenzen tussen publiekrecht en privaatrecht).<sup>16</sup> Deze thema's zijn ook te herkennen in dit onderzoek.

In dit proefschrift zal niet uitgebreid worden gezocht naar een antwoord op de vraag welke juridische randvoorwaarden een aan Kifid verbonden mediator in acht dient te nemen, ook al behoort sinds 1 oktober 2014 conflictoplossing via een aan Kifid verbonden mediator tot de mogelijkheden. Dit omdat er al het nodige over dit onderwerp geschreven is<sup>17</sup> en omdat de juridische randvoorwaarden welke een mediator in burgerlijke zaken in acht dient te nemen momenteel aan verandering onderhevig zijn.<sup>18</sup> Ook zal het klachtenloket rentederivaten MKB buiten beschouwing blijven gezien de tijdelijke aard van dit loket.<sup>19</sup>

### 1.3 Hoofdstukindeling

Het onderzoek is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 zal worden ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van Kifid en zijn organisatie. Zoals reeds gezegd is er aan de inrichting van Kifid sedert de oprichting al het nodige versleuteld. In hoofdstuk 3 zal worden gezien welke wijzigingen er de afgelopen jaren zijn opgetreden in de opzet en inrichting van Kifid. Die informatie kan namelijk licht werpen op de vraag waarom Kifid heden ten dage al dan niet is ingericht en functioneert in overeenstemming met de thans voor hem meest relevante juridische randvoorwaarden. Om de vraag te kunnen beantwoorden of Kifid is ingericht en functioneert in overeenstemming met de thans voor hem meest relevante juridische randvoorwaarden zal echter ook gezocht dienen te worden naar een antwoord op de vraag welke de voor Kifid de meest relevante rechtsnormen zijn. Het antwoord op die vraag wordt gegeven in hoofdstuk 4 van dit boek. In hoofdstuk 5 zal aan de hand van de in eerdere hoofdstukken opgedane kennis en inzicht en ten slotte de centrale vraag

15. Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving, Onderzoeksprogramma Faculteit Cultuur & Rechtswetenschappen – wetenschapsgebied Rechtswetenschappen – Open Universiteit 2014-2019, [www.ou.nl/documents/13914/0/promovendi\\_onderzoeksprogramma\\_rw.pdf](http://www.ou.nl/documents/13914/0/promovendi_onderzoeksprogramma_rw.pdf), p. 3, laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

16. Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving, Onderzoeksprogramma, Faculteit Cultuur & Rechtswetenschappen – wetenschapsgebied Rechtswetenschappen – Open Universiteit 2014-2019, [www.ou.nl/documents/13914/0/promovendi\\_onderzoeksprogramma\\_rw.pdf](http://www.ou.nl/documents/13914/0/promovendi_onderzoeksprogramma_rw.pdf), p. 5-7, laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

17. Vgl. Van Muijden 2007.

18. Kamerstukken II 2012/13, 33723 (voorstel van wet). Vgl. Kamerstukken I 2014/15, 33982, C, p. 2.

19. Vgl. [www.kifid.nl/nieuws/kifid-opent-maandag-26-januari-2015-klachtenloket-rentederivaten-mkb/103](http://www.kifid.nl/nieuws/kifid-opent-maandag-26-januari-2015-klachtenloket-rentederivaten-mkb/103), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

worden beantwoord of Kifid op dit moment is ingericht en functioneert in overeenstemming met het huidige positieve recht. Het onderzoek eindigt met een samenvatting.

#### 1.4 Onderzoeksmethode<sup>20</sup>

Om te komen tot een antwoord op de centrale onderzoeksvraag is met name gebruikgemaakt van Europese bronnen, beginselen, wetgeving met bijbehorende parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur.<sup>21</sup> Omdat bestudering van deze bronnen geen bevredigend antwoord opleverde op de deelvraag welke rechtsverhoudingen hebben te gelden tussen de betrokkenen bij institutionele arbitrage en bindend advies, is aan 34 (ervarings)deskundigen via e-mail gevraagd een (normatieve) kwalificatie toe te kennen aan de rechtsverhouding tussen enerzijds de procespartijen en anderzijds de scheidslieden (van rechtsprekende organen) van een aantal instituten, te weten het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI), de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA), E-Court, het Klachteninstituut Financiële dienstverlening (Kifid), de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) en De Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC). Helaas heeft deze Delphi-studie te weinig output opgeleverd om daaruit valide conclusies te trekken. In hoofdstuk 4 is echter wel gebruikgemaakt van deze onderzoeksoutput als 'steunbewijs' ter onderbouwing van een enkele stelling.

Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat er in dit onderzoek geen externe rechtsvergelijking<sup>22</sup> plaatsvindt, omdat andere nationale rechtsstelsels daarvoor te weinig aanknopingspunten bieden.<sup>23</sup>

#### 1.5 Opmerking vooraf

In dit boek wordt veelvuldig gebruikgemaakt van een aantal begrippen. Te noemen zijn onder meer de begrippen 'Aangeslotene', 'Commissie van Beroep', 'Consument', 'Financiële Dienst', 'Financiële Onderneming', 'Klacht', 'Geschil', 'Geschillencommissie', 'Klachteninstituut', 'Ombudsman', 'Privacyklacht' en 'Register'. Een nadere definitie van deze begrippen vindt men terug in artikel 1 van de statuten van Kifid, in artikel 1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening

20. Zie over de kenmerken van juridisch dogmatisch onderzoek Asser/Vranken *Algemeen deel*\*\*\*\* 2014/8-15.

21. Zie over verschillende soorten bronnen Curry-Sumner e.a. 2010, p. 26. Wellicht had ook enige aandacht besteed kunnen worden aan artikel 14 IVBPR en 47 EUH als enigszins relevante bron van juridische randvoorwaarden waaraan Kifid heeft te voldoen. Zoals Smits (Smits 2008, p. 22) echter terecht opmerkt, heeft artikel 14 IVBPR voor het civiele recht naast artikel 6 EVRM slechts een minimale eigen betekenis, welke hooguit gelegen zou "kunnen zijn in de uitdrukkelijke bepaling in art. 14 IVBPR dat "allen gelijk zijn voor de rechter en de rechterlijke instanties". Ingevolge artikel 51 lid 3 EUH heeft ook artikel 47 EUH slechts een minimale eigen betekenis. Artikel 51 lid 3 EUH luidt als volgt: "Voorzover dit handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt." Zie ook p. 11-12 van de Ontwerp-toelichting bij het concept-Wetsvoorstel recht op eerlijk proces in Grondwet, [www.internetconsultatie.nl/eeerlijkproces](http://www.internetconsultatie.nl/eeerlijkproces), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

22. Onder 'externe rechtsvergelijking' wordt verstaan vergelijking van het eigen nationale recht met andere nationale rechtsstelsels.

23. Vgl. Ernste 2012, p. 11-12.

(Kifid) (hierna: ROGFD) en in artikel 1 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Kifid) (hierna: Reglement van Beroep). Voor de definitie van voornoemde begrippen wordt daarom in beginsel verwezen naar artikel 1 van voornoemde statuten en reglementen.<sup>24</sup> De reglementen zijn overigens om diverse redenen al een aantal keer aangepast. Zo zijn de begrippen ‘*Consument*’, ‘*Geschil*’ en ‘*Klacht*’ al een aantal keer gewijzigd en zijn er gaandeweg nieuwe begrippen aan het reglement toegevoegd, zoals de begrippen ‘*Betaaldienst*’ en ‘*Privacygeschil*’.

Voornoemde wijzigingen hielden onder meer verband met een wijziging van de Telecommunicatiewet en de implementatie van de EU-Richtlijn Betaaldiensten<sup>25</sup> in de Nederlandse wetgeving. Deze Richtlijn verplicht EU-lidstaten tot het opzetten van adequate en effectieve buitengerechtelijke klachtenprocedures voor de beslechting van geschillen ten aanzien van betaaldiensten.<sup>26</sup>

---

24. Voor de goede orde zij opgemerkt dat daar waar deze begrippen in de lopende tekst van dit boek met hoofdletter worden geschreven, de genoemde definities gelden. Voor de actuele statuten en reglementen wordt verwezen naar [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl). Oudere versies van statuten en reglementen zijn te vinden op de website [www.open.ou.nl/proefschrift](http://www.open.ou.nl/proefschrift).

25. Richtlijn 2007/64/EG van 13 november 2007

26. Zie hierover de op de website van Kifid gepubliceerde Nieuwsberichten en Circulaires en onder meer: Kamphuisen 2008, p. 78-90 en Hellegers 2010, p. 75-93.

## Hoofdstuk 2

# De ontstaansgeschiedenis van Kifid

### 2.1 Enkele Europeesrechtelijke ontwikkelingen

De ontstaansgeschiedenis van Kifid dient allereerst te worden gezien tegen de achtergrond van een serie van communautaire initiatieven die Europese instellingen sinds 1985 hebben ontplooid op het gebied van buitengerechtelijke verhaalsmogelijkheden voor consumenten.

*“De eerste communautaire initiatieven op het gebied van de verhaalsmogelijkheden voor de consumenten dateren uit de jaren tachtig: een eerste Mededeling van de Commissie betreffende de consument en zijn verhaalsmogelijkheden is op 4 januari 1985 in de vorm van een memorandum voorgelegd aan de Raad, COM(84) 692 def., gevolgd door een ‘aanvullende mededeling’ van 7 mei 1987, COM(87) 210 def. Het Parlement heeft zich over dit onderwerp uitgesproken door middel van een resolutie, gedateerd 13 maart 1987 (PB C99 van 13 april 1987, blz. 203). De Raad heeft hierop gereageerd met zijn resolutie van 25 juni 1987 inzake de toegang van de consumenten tot de rechter, (87/C 176/02 – PB C 176 van 4.7.1987, blz. 2), waarin hij de Commissie heeft verzocht de analyse te voltooien met inachtneming van de uitbreiding van de Gemeenschap.*

*Op de communautaire dimensie van het probleem van de verhaalsmogelijkheden van de consumenten is attent gemaakt in de resolutie van het Europees Parlement van 11 maart 1992 (PB C 94 van 13 april 1992, blz. 217) alsmede in de Resolutie van de Raad van 13 juli 1992 betreffende de toekomstige prioriteiten voor de ontwikkeling van het beleid inzake consumentenbescherming (PB V 186 van 23 juli 1992, blz. 1). Op 21, 22 en 23 mei 1992 is in Lissabon, onder auspiciën van het toenmalige voorzitterschap en de Commissie, de Derde Europese conferentie over de verhaalsmogelijkheden van de consumenten gehouden, waaraan zo’n 300 deskundigen als vertegenwoordigers van de 12 lidstaten van de Europese Gemeenschappen alsmede bepaalde landen van de EVA hebben deelgenomen. De conclusies van deze conferentie bevestigen de bezorgdheid die in de eerder genoemde initiatieven zijn uitgedrukt.*

*In haar Groenboek ‘De consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt’, (COM(93) 576 def. van 16.11.1993), heeft de Commissie een aantal voorstellen gedaan voor het oplossen van de individuele en collectieve grensoverschrijdende geschillen. Tot deze voorstellen behoorden het vrije verkeer van verbodsacten en de vereenvoudiging van het beslechten van geschillen. Naar aanleiding van het Groenboek heeft de Commissie een voorstel gedaan voor een richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (gemeenschappelijk standpunt van de Raad betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (Europese Gemeenschap nr. 48/97 van 30 oktober 1997, PB*

*C 389 van 16.11.1997, blz. 51) en een Mededeling ingediend betreffende een Actieplan inzake de verhaalsmogelijkheden van de consument en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt, (COM(96) 13 def. van 14.2.1996). Het Europees Parlement steunt in zijn resolutie van 14 november 1996 (nr. A4-0355/96, PB C 362 van 2.12.1996, blz. 275) betreffende bovengenoemde Mededeling de doelstellingen van bedoeld en verzoekt de Commissie andere werkzaamheden ter zake te verrichten.”<sup>27</sup>*

Op 30 maart 1998 kondigt de Europese Commissie twee initiatieven aan teneinde de verhaalsmogelijkheden voor individuele consumenten te verbeteren. Ten eerste presenteert de Commissie een Europees klachtenformulier voor consumenten. Het gebruik van dit formulier heeft meer in het bijzonder tot doel de communicatie tussen de consumenten en het bedrijfsleven te verbeteren om, voor zover dat mogelijk is, een minnelijke oplossing te vinden voor de moeilijkheden die de consumenten bij verschillende transacties kunnen ondervinden. Ten tweede komt de Commissie met Aanbeveling 98/257/EG betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen. Deze Aanbeveling heeft tot doel een reeks principes vast te leggen die van toepassing is op de werkwijze van reeds bestaande (of nog op te richten) buitengerechtelijke organen voor het beslechten van consumentengeschillen teneinde voldoende garanties bij de oprichting en de werkwijze van de buitengerechtelijke organen die bevoegd zijn voor het beslechten van consumentengeschillen veilig te stellen.<sup>28</sup> Wat het belang is van deze Aanbeveling voor Kifid wordt nader besproken in hoofdstuk 4.

Ook ziet men dat de Europese Commissie vanaf 1998 buitengerechtelijke geschillenbeslechting via richtlijnen probeert aan te moedigen. Op 14 oktober van dat jaar komt de Commissie namelijk met het voorstel voor een richtlijn betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, waarin een dergelijke bepaling is opgenomen.<sup>29</sup> Op 9 oktober 2002 is deze Richtlijn — Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten — in werking getreden. Op grond van artikel 14 lid 1 van deze Richtlijn, waaraan de lidstaten uiterlijk op uiterlijk 9 oktober 2004 dienden te voldoen, dienen de lidstaten adequate en doeltreffende buitengerechtelijke klachten- en beroepsprocedures voor de beslechting van geschillen van de consumenten betreffende op afstand verstrekte financiële diensten te bevorderen. Voorts is op 15 januari 2003 Richtlijn 2002/92/EG betreffende de verzekeringsbemiddeling in werking getreden. Op grond van artikel 11 lid 1 van deze richtlijn dienen de lidstaten de invoering van passende en doeltreffende klachten- en beroepsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van geschillen tussen verzekeringstussenpersonen en klanten aan te moedigen. Maatregelen daartoe dienden vóór 15 januari 2005 te zijn genomen, zo blijkt uit artikel 16 lid 1 van deze richtlijn. In die periode wordt

27. Aldus de Commissie in haar mededeling betreffende de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen van 30 maart 1998, COM(1998)198 def. Zie in dit verband noot 2 van de betreffende mededeling.

28. Mededeling van de Commissie ‘betreffende de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen’, COM(98)198 van 30 maart 1998, p. 2 e.v.

29. Voorstel voor een richtlijn betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, COM(1998)468 def.



ook de kiem gelegd voor Richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten, wellicht beter bekend als de MiFID Richtlijn.<sup>30</sup> Artikel 53 lid 1 van deze richtlijn schrijft voor dat de lidstaten de inrichting van efficiënte en doeltreffende klachten- en verhaalsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen betreffende het verrichten door beleggingsondernemingen van beleggingsdiensten en nevendiensten dienen te stimuleren. Gezien artikel 70 van de richtlijn waren de lidstaten gehouden om uiterlijk 24 maanden na de inwerkingtreding van de richtlijn de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen om aan deze richtlijn te voldoen.

## 2.2 De nota 'Bemiddeling in Financiële Diensten' en consultatie van marktpartijen

De kiem voor de oprichting van Kifid is (mede) gelegd in juni 2001. De Minister van Financiën had toen namelijk het voornemen om een nieuw wettelijk kader voor de bemiddeling in financiële diensten te introduceren en consulteerde aan de hand van de nota 'Bemiddeling in Financiële Diensten' marktpartijen en de Consumentenbond. De consultatienota bevatte onder meer een analyse van de kwaliteitskenmerken voor bemiddeling, een vergelijking van deze kwaliteitskenmerken met de op dat moment bestaande regelgeving en zelfregulering en een kader voor nieuw beleid, dat zowel naar hoofdlijnen als ten behoeve van de nadere invulling in regelgeving en door marktpartijen ter consultatie werd voorgelegd.<sup>31</sup> Met het oog daarop waren er in de tekst in totaal 25 specifieke vragen opgenomen over hoe het toezicht op het brede scala van bemiddeling in financiële diensten door assurantietussenpersonen, bemiddelaars in hypotheek en financieringen, enz. zou moeten worden ingericht. Achterliggend doel van de consultatie was om in kaart te brengen hoe een adequaat niveau van consumentenbescherming en vertrouwen in de financiële sector zou kunnen worden bevorderd op een dusdanige wijze dat de financiële markten efficiënt zouden kunnen functioneren.<sup>32</sup> Mede werd beoordeeld in hoeverre op dat moment werd voorzien in de mogelijkheid voor consumenten om bij een klachteninstituut een klacht in te dienen. Hierover werd in de nota het volgende opgemerkt:

### *"3.6.2 Klachteninstituut/procedure*

*Een buitengerechtelijk klachteninstituut draagt ertoe bij dat consumenten, die van mening zijn dat de diensten van een bemiddelaar niet voldoen, op een eenvoudige wijze zelf actie kunnen ondernemen. De effectensector kent de Klachtencommissie DSI die de klachten van het beleggende publiek tegen deelnemende effecteninstellingen behandelt. Cliëntenremisiers zijn hierbij niet aangesloten. In de verzekeringssector bestaat de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen (SKV). Deze stichting heeft de bevoegdheid om klachten te behandelen tegen bij het SKV aangesloten verzekeraars en tussenpersonen. Momenteel zijn de leden van de NVA en de NBVA bij de SKV aangesloten. De conceptrichtlijn verzekeringsbemiddeling bepaalt voorts dat de lid-*

30. PbEU 2003, C 71 E/62, 25 maart 2003, p. 62.

31. Consultatienota 'bemiddeling in financiële diensten', Ministerie van Financiën 2001, Fin01-399, p. 3.

32. Consultatienota 'bemiddeling in financiële diensten', p. 3 e.v., zie ook *Kamerstukken II 2001/02, 28000 IXB, 24, p. 1 e.v.*

staten de invoering van klachteninstituut aan moeten moedigen voor alle tussenpersonen. In de hypothekensector kunnen klachten over aangesloten bemiddelaars worden voorgelegd aan de Geschillencommissie Beroepscode Erkend Hypotheekadviseurs en de Stichting Keurmerk Hypotheekbemiddeling. Klachten over leden van de Nederlandse Vereniging van Financieringsadviseurs (NVF) kunnen bij de NVF worden ingediend

### 3.6.3 Bevindingen

(...)

Aan klachteninstituten en procedures bestaat een grote verscheidenheid. Niet alle sectoren hebben een klachteninstituut en binnen sommige sectoren kan alleen worden geklaagd over degene die zich vrijwillig bij het desbetreffende klachteninstituut/branche-organisatie hebben aangesloten. De beroepsmogelijkheden variëren en de onafhankelijkheid van de klachtbehandelaar is niet in alle gevallen voldoende gewaarborgd.

(...).<sup>33</sup>

De te consulteren partijen kregen vervolgens de volgende vraag voorgehouden:

*“9. Wat zijn uw ervaringen met het functioneren van de huidige handhavingsarrangementen? Bent u van mening dat met de huidige setting van financiële toezichthouders, de SER, de ECD, klachteninstanties, overige handhavings- en opsporingsautoriteiten, branche-organisaties en andere maatschappelijke organisaties een adequaat kader voor handhaving is gerealiseerd dat ook in de praktijk en in de onderlinge rolverdeling naar behoren functioneert?”<sup>34</sup>*

Uit de consultatieronde kwam onder meer naar voren dat alle geconsulteerde partijen de in de nota beschreven kwaliteitskenmerken voor een hoogwaardig distributiekanaal voor financiële diensten onderschreven.<sup>35</sup> Deze kwaliteitskenmerken betroffen:

1. deskundigheid van de dienstverlener ten aanzien van de producten of diensten die hij aanbiedt en de wijze waarop hiermee kan worden voorzien in de behoeften van de consument;
2. integriteit, waaronder zowel de betrouwbaarheid van de dienstverlener als de verplichting om consumenten zorgvuldig te behandelen wordt gerekend;
3. een adequate informatieverstrekking over de aangeboden producten en diensten;
4. financiële en juridische zekerheid ten aanzien van de afwikkeling en uitvoering van overeenkomsten.<sup>36</sup>

Uit de consultatieronde kwam ook naar voren dat er overeenstemming bestond over de noodzaak van een wettelijke verankering van genoemde kwaliteitskenmerken en dat bij de vormgeving daarvan cross-sector- en distributieconsistentie als uitgangspunten dienen te worden gehanteerd. Verschil van inzicht bestond er

33. Consultatienota 'bemiddeling in financiële diensten', p. 37.

34. Consultatienota 'bemiddeling in financiële diensten', p. 38.

35. Kamerstukken II 2001/02, 28000 IXB, 24, p. 1.

36. Zie hoofdstuk 3 van de Consultatienota en Kamerstukken II 2003/04, 29507, 3, p. 11.

echter over de vraag in welke mate de kwaliteitskenmerken door middel van regelgeving dan wel zelfregulering kunnen worden uitgewerkt.<sup>37</sup>

Op basis van deze consultaties heeft de minister vervolgens beleidsinitiatieven geformuleerd. Tot deze initiatieven behoorden het formuleren en uitwerken van wettelijke zorgplichten op het gebied van informatieverstrekking, deskundigheid en integriteit, waaronder zorgvuldige advisering, waarbij ruimte moest worden gelaten voor zelfregulering. Vanwege bovengenoemd verschil van inzicht, heeft de Minister van Financiën bij brief van 18 april 2002 advies aan de Sociaal-Economische Raad (hierna: SER) gevraagd over de mate waarin de kwaliteitskenmerken door middel van zelfregulering zouden kunnen worden gewaarborgd en verzocht hem nader te adviseren over de vraag in welke mate de nadere invulling van de wettelijke zorgplicht door middel van zelfregulering zou kunnen plaatsvinden.<sup>38</sup>

## 2.3 Het SER-advies 'Bemiddeling in financiële diensten'

De SER heeft op 18 oktober 2002 zijn advies 'Bemiddeling in financiële diensten' uitgebracht. De SER overweegt daarin onder meer als volgt:

*“Centraal in dit advies staat het voornemen van de minister om een nieuw wettelijk kader voor de bemiddeling in financiële diensten te introduceren. Met dit kader moeten bemiddelaars aan een aantal zorgplichten worden gebonden die tot doel hebben een minimaal kwaliteitsniveau van de dienstverlening te waarborgen. Deze in algemene bewoordingen gestelde zorgplichten moeten in nadere regelgeving en in zelfregulering worden uitgewerkt en geoperationaliseerd. Aan de SER ligt de vraag voor in hoeverre zelfregulering voor dit doel benut kan worden.*

*Algemene conclusie*

*De raad is een warm voorstander van een nieuwe kaderwet voor de bemiddeling in financiële diensten. Naar zijn oordeel moet deze kaderwet zorgplichten bevatten voor een viertal kwaliteitskenmerken:*

- integriteit,*
- financiële en juridische zekerheid,*
- informatieverstrekking,*
- deskundigheid. (...)*

*Het kwaliteitskenmerk financiële en juridische zekerheid betreft de volgende aspecten:*

- beroepsaansprakelijkheidsverzekering;*
- financiële waarborg bij fraude of faillissement;*
- bedrijfsstructuur en bedrijfseconomische eisen;*
- beroep-, bezwaar- en klachtenprocedure voor consumenten. (...)*

*Het perspectief voor zelfregulering lijkt bij dit kwaliteitskenmerk bescheiden en richt zich voornamelijk op de instelling van een klachteninstituut. De raad verstaat hieronder dat er een centraal meldpunt voor de consument komt (één-loket-gedachte). De klachtenregeling zelf kan per sector verschillen. Waar deze klachtenregelingen nog ontbreken, dienen deze alsnog door zelfregulering tot stand te worden gebracht. Indien als gevolg van afbakenings- en competentieproblemen in de praktijk zou blijken dat klachten niet adequaat worden behandeld, kan een stroomlijning en*

37. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 3, p. 11.

38. Brief Minister van Financiën d.d. 18 april 2002, nr. FM 2002-481-M.

*bundeling van klachtenregelingen en -behandelingen alsnog worden overwogen. (...).*<sup>39</sup>

Bij brief van 20 december 2002 laat de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer weten met instemming kennis te hebben genomen van het SER-rapport en in aansluiting daarop de volgende activiteiten te zullen ontplooiën:

*“In de eerste plaats zal het wettelijke kader verder worden uitgewerkt in de Wet financiële dienstverlening (hierna: Wfd). Deze wet zal zich richten op tussenpersonen en aanbieders en zal de eerdergenoemde kwaliteitskenmerken wettelijk borgen. In verband met de grote overlap met de Wet op het consumentenkrediet (hierna: Wck) wordt de herziening van de Wck geïntegreerd in de Wfd. Het wetsvoorstel-Wfd zal rond de jaarwisseling ter consultatie aan de marktpartijen worden voorgelegd. Vervolgens zal de wet, na advisering door de Raad van State, naar verwachting voor de zomer 2003 aan uw Kamer worden aangeboden. In de tweede plaats zal de Autoriteit-FM, (...), de marktpartijen uitnodigen om deel te nemen aan een platform (...). De Autoriteit-FM is reeds bezig met de gedachtevorming over de invulling van het toezicht en heeft hiervoor veel marktpartijen bilateraal geconsulteerd. In vervolg hierop past de uitnodiging om deel te nemen aan het platform. Dit platform zal naar verwachting medio januari 2003 voor het eerst bijeenkomen. Ik heb er vertrouwen in dat marktpartijen deze gelegenheid zullen aangrijpen om de inconsistenties tussen de sectorale zelfregulering weg te nemen en tevens de stroomlijning van de buitengerechtelijke geschillenbeslechting zullen bevorderen.”*<sup>40</sup>

## 2.4 Het Platform Financiële Dienstverlening en de Commissie Klachtenregeling Financiële Dienstverleners

Op verzoek van de Minister van Financiën heeft de AFM vervolgens in januari 2003 het Platform Financiële Dienstverlening (PFD) opgericht, bestaande uit vertegenwoordigers van de representatieve brancheorganisaties die te maken zouden gaan krijgen met de op dat moment aanstaande Wet financiële dienstverlening. De taak van het PFD was de AFM te adviseren over de mogelijke uitwerking van het wetsvoorstel financiële dienstverlening ten aanzien van de vereiste deskundigheid, informatieverstrekking, zorgvuldige omgang met de klant, adequate behandeling van klachten — buitengerechtelijke geschillenbeslechting — en de wederzijdse verantwoordelijkheid van aanbieders en bemiddelaars.<sup>41</sup>

De adviezen van het PFD werden met name opgesteld door commissies binnen het platform. Een van deze commissies was de Commissie Klachtenregeling Financiële Dienstverleners (CKFD), onder voorzitterschap van de toenmalige Ombudsman Verzekeringen Wabeke. De taakomschrijving van de CKFD is door het PFD op 26 mei 2003 als volgt vastgesteld:

*“De taak van de CKFD is te onderzoeken op welke wijze de markt er zorg voor kan dragen dat de consument met een klacht aangaande een financieel product dan wel*

39. SER, Bemiddeling in financiële dienstverlening, Den Haag 2002.

40. Kamerstukken II 2002/03, 28600 IXB, 18, p. 6.

41. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 3, p. 14.

*de aanbieder, advisering en/of bemiddeling van dit product een laagdrempelige en gemakkelijk vindbare toegang heeft tot een bevoegde en adequate buitengerechtelijke geschillen instantie. De CKFD zal tevens onderzoeken of één verwijnsinstantie danwel klachtopvanginstantie wenselijk en mogelijk is.”<sup>42</sup>*

Deze taakstelling moet worden gezien in het licht van het feit dat door de complexe structuur van de markt voor financiële diensten en de aard van de producten die op deze markt verhandeld worden, er in de loop der jaren diverse klachteninstituten voor consumenten en bemiddelaars waren ontstaan. Te denken valt daarbij aan de Geschillencommissie Bankzaken, de Geschillencommissie hypothecaire financiering, de Geschillencommissie BKR, het klachteninstituut DSI en het Klachteninstituut Verzekeringen. De CKFD signaleerde in dit verband een aantal problemen, zo blijkt uit haar in oktober 2003 vastgestelde eindrapportage. Allereerst merkte de CKFD op dat er voor veel klachten inzake financiële dienstverlening in het geheel geen alternatieve geschillenbeslechtingsmogelijkheden werden aangeboden. Daarnaast kwam het in geval van gemengde financiële producten nogal eens voor dat geen van de bestaande klachteninstituten volledig bevoegd was of alle expertise in huis had. Voorts waren lang niet alle financiële dienstverleners aangesloten bij een geschillenregeling. Ook hekelde de CKFD de grote verscheidenheid aan geschillenregeling. Deze verschillen leidden tot onduidelijkheid voor de consument met betrekking tot de aard van de geboden bescherming alsmede de te doorlopen procedures met als belangrijk gevolg dat de consument de toegang tot ADR niet of slechts moeilijk kon vinden, aldus de CKFD.<sup>43</sup>

Daarom waren alle leden van de CKFD, met uitzondering van de vertegenwoordiging van de DSI, voorstander van uiteindelijk één sectoraal ingedeelde klachten- en geschilleninstantie voor financiële diensten, met daarbij een bemiddelingsfunctie in de vorm van een Ombudsman. Deze geschilleninstantie zou vorm dienen te krijgen via zelfregulering. Omdat de commissie echter dacht dat dit niet snel te realiseren zou zijn, adviseerde zij op kortere termijn te kiezen voor het herstructureren en vereenvoudigen van de bestaande regelingen tot vier of vijf sectorale instanties op het gebied van effecten, verzekeringen, bankzaken, kredieten en hypotheek.<sup>44</sup> Met betrekking tot deze herstructurering werd het volgende voorgesteld:

- “1. Ter ondersteuning van de door de branche ingestelde zelfregulering dient aan financiële dienstverleners de materiele [sic] verplichting te worden opgelegd een gecertificeerde klachten- en geschillenregeling (bijvoorbeeld via Wfd vergunningsvoorwaarden, AMVB of nadere regeling) aan te bieden aan de consument (in de geest van de Europese richtlijn verzekeringsbemiddeling);*
- 2. Een financiële dienstverlener zal zich bij ten minste één sectorale ADR dienen aan te sluiten. De hoofdactiviteit van een financiële dienstverlener is hierbij leidend. Dit biedt een oplossing voor de gesignaleerde onvolledige aansluiting;*
- 3. Verplichting voor de financiële dienstverlener om voorafgaand aan een overeenkomst te vermelden bij welke ADR het bedrijf is aangesloten;*

42. Advies van de Commissie Klachtenregeling Financiële Dienstverleners, p. 2.

43. Advies van de Commissie Klachtenregeling Financiële Dienstverleners, p. 5 e.v.

44. Advies van de Commissie Klachtenregeling Financiële Dienstverleners, p. 9.

4. Een klant dient zich met een klacht eerst te wenden tot de financiële dienstverlener zelf. Als partijen het geschil onderling niet kunnen oplossen is de financiële dienstverlener verplicht te wijzen op de voor deze klacht bevoegde ADR;
5. In aanvulling op het voorgaande wordt er een centraal consumenten informatiepunt opgericht (website en telefonische helpdesk) waarbij consumenten terecht kunnen met de vraag tot welke ADR zij zich het beste kunnen wenden indien de hiervoor genoemde maatregelen niet afdoende blijken te zijn geweest;
6. Als een klager zijn klacht bij een verkeerde ADR indient zal deze instantie de klacht overdragen aan de bevoegde ADR-instantie. Hierdoor zal de consument weinig hinder ondervinden van een foutieve verwijzing;
7. Ten behoeve van klachten die betrekking hebben op gemengde/samengestelde producten zullen door de ADR-instanties werkafspraken worden gemaakt om van elkaars expertise gebruik te kunnen maken, zonodig door gemengd samengestelde college's van geschillenbeslechtsers. De ADR-instantie waarop het hoofdbestanddeel van een klacht van toepassing is blijft leidend in deze. De werkafspraken tussen de klachteninstanties dienen marktbreed in een convenant te worden vastgelegd;
8. Herstructurering en harmonisatie welke moet leiden tot meer gelijkvormigheid van de klachtenprocedures overigens met aandacht voor sectorale verschillen. Dit zal – op niet te lange termijn – moeten leiden tot één gecertificeerde ADR per productgroep (verzekeringen, beleggingen, hypotheken, consumptief krediet, overige bancaire zaken), waarbij alle onder de Wfd vallende financiële dienstverleners zijn aangesloten. Bemiddeling zou bij voorkeur standaard onderdeel van de klachtenprocedure moeten uitmaken, omdat de praktijk uitwijst dat een groot deel van de geschillen op deze wijze snel en efficiënt kan worden opgelost;
9. Om de dekkinggraad van de bestaande regelingen te verbeteren is het van belang dat er een wederzijdse erkenning komt van elkaars aansluitingen. Een aansluiting bij één geldt als een aansluiting bij alle klachteninstituten. Dit ter voorkoming dat alle financiële dienstverleners zich bij alle klachteninstituten dienen aan te sluiten. De onderlinge erkenning zal middels convenanten geregeld dienen te worden. Een belangrijk punt van aandacht hierbij is het afspreken van een vergoedingsstelsel voor het afhandelen van elkaars doorverwezen geschillen. Hiermee wordt voorkomen dat bepaalde zaken tussen de wal en het schip vallen;
10. Een ADR-regeling mag de weg naar een rechter niet afsluiten (grondrecht). In dit verband stelt de commissie het volgende voor:
  - a. ADR-instanties zullen werken met vaststellingsovereenkomsten tussen partijen in geval van een procedure met een bindend oordeel. Bindend oordeel kan namelijk niet als voorwaarde in wet- of lagere regelgeving worden opgenomen maar kan wel in een vaststellingsovereenkomst tussen partijen worden vastgelegd. Voor bemiddeling ligt dit anders, dit kan wel verplicht worden voorgeschreven als eerste mogelijkheid van geschilbeslechting;
  - b. Bij ADR dient altijd de mogelijk open te staan tot marginale toetsing door een rechter;
  - c. In bepaalde gevallen mag een financieel dienstverlener kiezen voor afhandeling via de rechter in eerste instantie, in gevallen van:
    - i. Groot financieel belang;
    - ii. Mogelijkheid tot precedentwerking;
    - iii. Class-actions.

*11. Certificering van klachten- en geschilleninstantie. Met betrekking tot de voorwaarden waaraan een klachtenregeling dient te voldoen wordt aangesloten bij de bestaande Europese criteria. Vervolgens dienen de klachtenregelingen te worden gecertificeerd door de minister van Justitie (Erkenningsregeling).”<sup>45</sup>*

Het Platform Financiële Dienstverlening heeft zijn adviezen in het voorjaar van 2004 in de vorm van een consultatiedocument<sup>46</sup> voorgelegd aan de markt teneinde na te gaan of en in hoeverre de door het Platform ontwikkelde adviezen werden ondersteund.<sup>47</sup> Er zijn toen ongeveer 50 reacties bij het PFD binnengekomen die betrekking hadden op het CKFD-advies. Het bleek dat een ruime meerderheid van de respondenten het eens was met de adviezen van de CKFD, zodat er verder geen reden voor het PFD is geweest zijn eindrapportage aan de AFM op dit punt aan te passen. Uit de reacties bleek een duidelijke voorkeur om op korte termijn te komen tot één loket en instantie.

Wabeke merkt over deze ontwikkelingen later het volgende op:

*“Zeer bepalend was mede dat de vervlechting van financiële diensten inmiddels dusdanig ver gevorderd was, dat bij de behandeling van geschillen bevoegdheidsvragen ontstonden. Te denken valt hierbij aan producten en diensten met elementen van levensverzekering en hypotheek, van verzekeren en beleggen, van verzekeringen en pensioenen. Ook de grenserving van de domeinen van verzekeraars, banken, tussenpersonen en pensioenfondsen noopte tot heroriëntatie. Belangrijk waren tevens de Europese ontwikkelingen inzake ADR.”<sup>48</sup>*

De inschatting van het PFD was dat het in totaal circa 5 jaar zou kosten om te komen tot één klachteninstituut, zo blijkt uit de rapportage van het PFD aan de AFM.<sup>49</sup>

## 2.5 Ontwikkelingen rondom de totstandkoming van de Wet financiële dienstverlening

In hoofdstuk 1 is reeds gememoreerd dat Kifid op 1 april 2007 officieel van start is gegaan met zijn werkzaamheden. Dit betekent dat bovenstaande doelstelling – komen tot één klachteninstituut – sneller is gerealiseerd dan het PFD had voorzien. Deze snelle ontwikkeling kan niet los worden gezien van een aantal ontwikkelingen rondom de totstandkoming van de Wet financiële dienstverlening.

Het volgende was namelijk het geval. In februari 2003 had het Ministerie van Financiën een voorontwerp van de eerdergenoemde Wet financiële dienstverlening voor commentaar toegezonden aan marktpartijen, toezichthouders, belangenorganisaties en andere relevante partijen, met het verzoek commentaar te leveren op dit voorontwerp. In antwoord op dit verzoek, verzocht een aantal belanghebbenden

45. Advies van de Commissie Klachtenregeling Financiële Dienstverleners, p. 3-4.

46. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 6, bijlage 1: ‘Samen naar nieuwe regels voor financiële dienstverlening’, Consultatiedocument Platform Financiële Dienstverlening.

47. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 6, p. 4.

48. Wabeke 2007, p. 22.

49. Zie bijlage bij brief AFM aan de Minister van Financiën d.d. 9 juli 2004, kenmerk BEL-HAMa-04070433.

nadrukkelijk om een wettelijke grondslag voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting.

Zo merkt de AFM in haar brief aan het Ministerie van Financiën het volgende op over buitengerechtelijke geschillenbeslechting:

*“Het wetsvoorstel is gebaseerd op de rollen die de markt, de wetgever en de toezichthouder vervullen. In deze is een zelfregulerende rol voorzien voor de markt ten aanzien van buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Het wetsvoorstel verschaft geen wettelijke grondslag. De markt wordt geacht dit adequaat te kunnen vormgeven door middel van zelfregulering.*

*De consument dient in de visie van de AFM altijd de mogelijkheid te hebben om de rechtsgang naar de rechter te maken. De AFM moedigt een buitengerechtelijke geschillenbeslechting aan, maar heeft de voorkeur voor een wettelijke grondslag voor geschillenbeslechting. Het gaat hierbij om het opleggen van een verplichting aan de financiële dienstverlener om over een klachtenregeling te beschikken. Concreet betekent dit dat de financiële dienstverlener zich dient aan te sluiten bij een (erkende) klachteninstantie die er reeds is of dat de financiële dienstverlener zelf hiervoor zorgdraagt.”<sup>50</sup>*

De Consumentenbond verwoordde het als volgt:

*“Wij zouden graag zien dat in deze wet vastgelegd wordt dat de consument via één loket geschillenbeslechting zal moeten kunnen krijgen voor alle financiële producten en diensten. Zoals in het SER-rapport “Bemiddeling in Financiële Diensten” is vastgelegd kan dat loket dienen als ingang en uitgang voor de diverse klachten en geschillen, die de consument heeft. Daarachter kunnen (voorlopig) diverse instanties werkzaam zijn, mits de consument niet van het kastje naar de muur wordt gestuurd. Wij vinden dat er in de wet een evaluatiemoment moet worden opgenomen, waardoor (zoals ook in het SER-rapport is gesteld) nagegaan kan worden of deze procedure werkt, danwel dat er toch één “geschillencommissie financiële diensten” zal moeten komen. Overigens vinden wij zonder meer dat er van een geschillenbeslechting met bindende uitspraken sprake moet zijn. Ombudsfuncties passen hierin niet meer. (Ook bij geschillenbeslechting met bindende uitspraken zal ongetwijfeld in eerste instantie geprobeerd worden om tot een minnelijke schikking te komen.)”<sup>51</sup>*

Bovenstaand commentaar op het voorontwerp was voor het ministerie kennelijk aanleiding om in het wetsvoorstel Financiële Dienstverlening zoals dat op 3 april 2004<sup>52</sup> aan de Tweede Kamer werd aangeboden alsnog een wettelijke grondslag voor buitengerechtelijke afhandeling van klachten en geschillen op te nemen. Artikel 37 van het wetsvoorstel luidde namelijk als volgt:

50. Brief van de AFM d.d. 8 april 2003 aan het Ministerie van Financiën met als kenmerk SB-HAMa-03031048 (Reactie AFM op consultatie Wet financiële Dienstverlening).

51. Commentaar Consumentenbond op conceptwetsvoorstel Wet financiële Dienstverlening (Wfd), Den Haag, 8 april 2003, p. 7.

52. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 1, p. 1.



- “1. De financiële dienstverlener draagt zorg voor een adequate behandeling van klachten van consumenten over financiële producten of financiële diensten van de financiële dienstverlener. Hiertoe:
- a. beschikt de financiële dienstverlener over een interne klachtenprocedure, gericht op een snelle en zorgvuldige behandeling van klachten; en
  - b. is de financiële dienstverlener aangesloten bij een door Onze Minister erkende geschilleninstantie, die geschillen behandelt ten aanzien van de financiële producten of financiële diensten van de financiële dienstverlener.
2. De in het eerste lid onder b genoemde verplichting geldt niet indien er geen erkende geschilleninstantie is die geschillen behandelt ten aanzien van de financiële producten of financiële diensten van de financiële dienstverlener.
3. Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ten aanzien van de erkenning van geschilleninstanties.”<sup>53</sup>

De in bovengenoemd lid 3 bedoelde regels zijn nader uitgewerkt in het Besluit financiële dienstverlening (Bfd). De adviezen van de AFM en het PFD hebben een belangrijke rol gespeeld bij de totstandkoming van het Bfd, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.<sup>54</sup> Deze adviezen gaven volgens de Minister van Financiën op enkele punten wel nog aanleiding tot nader overleg met de markt alvorens tot een verwerking daarvan in het Bfd kon worden overgegaan.<sup>55</sup> Daarom heeft hij ervoor gekozen om in het voorjaar van 2005 eerst een concept-Besluit financiële dienstverlening ter commentaar aan de Tweede Kamer en ter consultatie aan de sector voor te leggen vooraleer de Raad van State om advies te vragen.<sup>56</sup>

## 2.6 **Intentieverklaring Stichting Geschilleninstantie Financiële Dienstverlening (GIFID)**<sup>57</sup>

Anticiperend op de op dat moment voorziene snelle inwerkingtreding<sup>58</sup> van de door de minister aan hen in conceptvorm voorgehouden wetgeving, hebben representatieve organisaties van toekomstige vergunninghouders Wet financiële dienstverlening, na daarover in het voorjaar van 2005 overleg te hebben gevoerd, in juli 2005 een verklaring ondertekend<sup>59</sup> waarin de intentie is uitgesproken één

53. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 2, p. 15.

54. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 6, p. 2 e.v.; Kamerstukken II 2003/04, 29507, 8, p. 2.

55. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 8, p. 2.

56. Kamerstukken II 2004/05, 29507, 28, p. 1.

57. Zie voor de intentieverklaring [www.open.ou.nl/proefschrift](http://www.open.ou.nl/proefschrift).

58. De beoogde datum van inwerkingtreding van de Wfd was in eerste instantie 1 januari 2005, zo blijkt uit Kamerstukken II 2003/04, 29507, 6, p. 7. In zijn brief van 4 februari 2005 aan de Tweede Kamer schreef de Minister van Financiën dat de Wfd en het Bfd niet eerder dan in het najaar van 2005 in werking zou treden: Kamerstukken II 2004/05, 29507, 28, p. 1. Uiteindelijk zijn de Wfd en Bfd met ingang van 1 januari 2006 in werking getreden: *Stb.* 2005, 677.

59. Intentieverklaring Stichting Geschilleninstantie Financiële Dienstverlening (GIFID). Deze intentieverklaring is tot stand gekomen in goed overleg met het Dutch Securities Institute (DSI), de Stichting Erkenningregeling Hypotheekadviseurs (SEH) en de Stichting Keurmerk Hypotheek Bemiddeling (SKHB) en ondertekend door het Contactorgaan Hypothecair Financiers (CHF), de Nederlandse Vereniging van Assurantieadviseurs en financiële dienstverleners (NVA), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Nederlandse vereniging van onafhankelijke financiële en assurantieadviseurs (NBVA), de Nederlandse Vereniging van zelfstandige en onafhankelijke Financiële Dienstverleners (NVF), de Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigde Assurantiebedrijven (NVGA), het Verbond van Verzekeraars mede namens de Federatie Onderlinge Verzekeraars (FOV), de Vereniging van

geschilleninstantie te realiseren voor Wfd-vergunninghouders. De ondertekenaars hebben zich, zo blijkt uit de verklaring, bij hun intentie tot het realiseren van deze ene geschilleninstantie laten leiden door onder meer de volgende overwegingen:

- De Wfd stelt voorwaarden aan de in- en externe behandeling van klachten en geschillen.
- De Wfd is van toepassing op nagenoeg alle aanbieders van of bemiddelaars in financiële producten. Zij zijn als Wfd-vergunninghouders verplicht tot aansluiting bij een erkende geschilleninstantie ingevolge artikel 37 lid 1 onderdeel b.
- In het kader van de Wfd heeft de Commissie Klachtenregeling Financiële Dienstverleners CKFD een advies uitgebracht aan de AFM om te komen tot een instantie. Dit sluit aan bij de wens van de politiek, overheid en toezichthouder die hebben aangedrongen op één geschilleninstantie waar alle Wfd-vergunninghouders bij zijn aangesloten.
- Op basis van zelfregulering zijn binnen de financiële sector de afgelopen jaren verschillende onafhankelijke instituten opgericht voor klachten- of geschillenbehandeling.
- Financiële producten krijgen steeds meer een gemengd karakter, zodat afstemming tussen geschilleninstanties wenselijk is.
- Het is voor de consument van een financieel product en de financiële dienstverleners van belang dat er voor alle financiële producten een eenvoudige, kwalitatief hoogstaande, laagdrempelige en bekende buitengerechtelijke geschillenregeling tot stand komt.
- Een goede interne klachtenprocedure bij de financiële dienstverleners beperkt de instroom van geschillen bij een aparte instantie.
- Partijen nemen als bedrijfstak zelf het initiatief en de verantwoordelijkheid voor de totstandkoming en het beheer van één geschilleninstantie.
- Partijen hebben een constituerend beraad opgericht. Vanuit dit constituerend beraad, later projectgroep genoemd, is een dagelijks bestuur aangewezen dat de uitwerking door een projectteam heeft laten inventariseren.
- De projectgroep heeft ingestemd met de oprichting van één geschilleninstantie.
- Partijen willen uiterlijk voor de inwerkingtreding van de Wfd en in ieder geval tot het operationeel zijn van één geschilleninstantie financiële dienstverlening een voorziening treffen om voor de consument op korte termijn duidelijkheid te creëren.

In de intentieverklaring is vervolgens een aantal uitgangspunten verwoord, die voor de op te richten geschilleninstantie zouden hebben te gelden. In hoofdlijnen zien deze uitgangspunten er als volgt uit:

- Volgens de wetsartikelen 17 Gw en 56 lid k Bfd moeten partijen in elke fase van de geschilbehandeling de keuzemogelijkheid hebben te kiezen voor bindend of niet-bindend advies en mag de toegang tot de rechter niet zonder meer afgesloten zijn.
- De geschilleninstantie lost geschillen op, zowel in eerste instantie door bemiddeling via een Ombudsman als door bindend en niet-bindend advies.

---

Financieringsondernemingen in Nederland (VFN) en de Vereniging van Hypotheekadviseurs in Nederland (VvHN). Zie ook *Kamerstukken II 2005/06, 29708, 37, p. 64*.

- De geschilleninstantie doet geschillen op een hoogwaardige en consistente wijze af op basis van de verschillende rechtsbronnen.
- De geschilleninstantie krijgt verschillende ‘kamers’ per product(groep).
- Per kamer kunnen excepties worden opgenomen in het reglement van de geschilleninstantie.
- Klachten waarover duidelijke gerechtelijke of buitengerechtelijke jurisprudentie bestaat – standaardklachten – worden op eenvoudige, schriftelijke wijze afgedaan.
- Gehele schriftelijke afdoening is mogelijk indien partijen vooraf daarmee akkoord gaan.
- De geschilleninstantie kan individuele klachten met hetzelfde karakter (bijv. aandelenlease) voor afdoening bundelen.
- De toegang tot de geschilleninstantie staat in beginsel uitsluitend open voor individuele particuliere consumenten.
- De consument moet eerst de interne klachtenprocedure van de Wfd-vergunninghouder hebben doorlopen.
- De Wfd-vergunninghouder kan in uitzonderlijke gevallen, waarbij een eenvoudige interne klachtenprocedure is doorlopen, aangeven dat bemiddeling niet meer gewenst is.
- De Wfd-vergunninghouder die aangesloten is bij partijen onderwerpt zich aan bindend advies volgens de reglementen en bijbehorende excepties van partijen.
- De Wfd-vergunninghouder die niet aangesloten is bij partijen geeft bij inschrijving aan of hij zich onderwerpt aan bindend of niet-bindend advies.

Over de organisatievorm hadden de ondertekenaars, zo blijkt uit de intentieverklaring, onder meer de volgende gedachten:

- Voor de geschilleninstantie ligt de rechtsvorm van een stichting voor de hand.
- Partijen richten op korte termijn een stichting i.o. op om te komen tot één geschilleninstantie.
- De stichting kent een algemeen bestuur bestaande uit vertegenwoordigers van partijen die een representatieve afspiegeling van de markt vormen.
- Betrokkenheid in het bestuur van een of meer consumentenorganisaties is wenselijk.
- Het algemeen bestuur wordt voorgezeten door een onafhankelijke voorzitter, door de leden van het bestuur te kiezen en te benoemen.
- De taken van het algemeen bestuur bestaan uit:
  - het benoemen van arbiters op voordracht van de arbiters;
  - het formuleren van beleid van de stichting op hoofdlijnen;
  - het vaststellen van begroting en jaarrekening;
  - het vaststellen van het jaarverslag; en
  - alle overige zaken die in het maatschappelijk verkeer tot de bestuurstaak behoren.
- Er wordt een dagelijks bestuur benoemd waarin in ieder geval de voorzitter en penningmeester van het algemeen bestuur zitting hebben.
- De taken van het dagelijks bestuur bestaan uit het toezicht op de interne organisatie en het dagelijkse beleid.

- De directeur van de stichting i.o. wordt benoemd door het algemeen bestuur en wordt aangestuurd door het dagelijks bestuur.
- Arbiters worden benoemd door het algemeen bestuur op basis van hun juridische of vaktechnische deskundigheid en onafhankelijkheid na voordracht door de zittende arbiters.

De streefdatum voor de oprichting van bovengenoemde stichting was 1 september 2005 en streefdatum voor het operationeel worden van de geschilleninstantie was 1 januari 2007. Daartoe zou na ondertekening van de intentieverklaring door partijen een projectorganisatie in het leven worden geroepen en na oprichting van een stichting een of meer personen in dienst worden genomen die met de verdere oprichting van de geschilleninstantie zouden worden belast, zo blijkt verder uit de intentieverklaring.

De oprichting van de stichting heeft uiteindelijk plaatsgevonden op 21 juni 2006. Toen is door de brancheorganisaties<sup>60</sup> een stichting opgericht onder de naam Klachteninstituut Financiële Dienstverlening, kort gezegd 'Kifid'. Het feit dat de in de intentieverklaring genoemde streefdatum voor de oprichting van de stichting niet is gehaald, heeft wellicht te maken met het feit dat de Wet financiële dienstverlening en het Besluit financiële dienstverlening uiteindelijk pas op 1 januari 2006 (grotendeels) in werking zijn getreden.<sup>61</sup>

## 2.7 Aanvraag tot erkenning

Op 20 december 2006 heeft Kifid een aanvraag bij de Minister van Financiën ingediend tot erkenning als geschillencommissie als bedoeld in artikel 37 lid 1 aanhef en onderdeel b Wet financiële dienstverlening. Reeds één dag later, te weten op 21 december 2006, heeft de Minister van Financiën het besluit genomen tot erkenning van Kifid als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht, welk besluit vervolgens op 1 januari 2007 in werking is getreden.<sup>62</sup> Het feit dat de minister Kifid niet heeft erkend als geschillencommissie als bedoeld in artikel 37 lid 1 aanhef en onderdeel b Wet financiële dienstverlening, maar als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht heeft te maken met het feit dat de Wfd en het Bfd per 1 januari 2007 alweer zijn komen te vervallen en per die datum nagenoeg alle tot dat moment geldende wetgeving op het gebied van financiële dienstverlening<sup>63</sup> – waaronder ook de wetgeving ten aanzien van klachtenafhandeling en geschillenbeslechting – in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) is ondergebracht.<sup>64</sup> Deze omzetting was overigens al voorzien op het moment van inwerkingtreding van de Wfd.<sup>65</sup> Een

60. De oprichters zijn de Nederlandse Vereniging van Banken, het Verbond van Verzekeraars en de Nederlandse vereniging van assurantieadviseurs en financiële dienstverleners, zo blijkt uit de akte van oprichting.

61. *Stb.* 2005, 677.

62. *Stcrt.* 8 januari 2007, 5, p. 22.

63. Genoemd kunnen worden de Wtk 1992, Wtv 1993, Wtn, Wte 1995, Wtb Wabb, Wck, Wmz 1996 en de Wfd. Zie hieromtrent onder meer: *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, 3, p. 3.

64. *Stb.* 2006, 664.

65. *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, 4, p. 2.

antwoord op de vraag welke eisen de Wft en het BGfo stelt ten aanzien van klachtenafhandeling en geschillenbeslechting is terug te vinden in hoofdstuk 4.

## 2.8 Samenvatting

De totstandkoming van Kifid hangt met name samen met een tweetal ontwikkelingen die zich ongeveer tegelijkertijd afspeelden.

Enerzijds was dit het voornemen van de Minister van Financiën om een nieuw wettelijk kader voor de bemiddeling in financiële diensten te introduceren, die daarom in juni 2001 aan de hand van de nota 'Bemiddeling in financiële diensten' een consultatieproces is gestart over toezicht op het brede scala bemiddeling in financiële diensten door assurantietussenpersonen, bemiddelaars in hypotheeken en financieringen, enz., hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot de komst van de Wet op het financieel toezicht.

Anderzijds kan de komst van Kifid niet los worden gezien van een serie van communautaire initiatieven. In het bijzonder zijn te noemen Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, Richtlijn 2002/92/EG betreffende de verzekeringsbemiddeling en Richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten.<sup>66</sup> In elk van deze richtlijnen is – voor het onderwerp waarop de richtlijn betrekking heeft – steeds in woorden van gelijke strekking bepaald dat de lidstaten de invoering van passende en doeltreffende klachten- en beroepsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen dienden te bevorderen. De oprichting van Kifid heeft zeker ook in het teken gestaan van deze ontwikkeling. Mede gezien de overwegingen van de ondertekenaars van de intentieverklaring Stichting Geschilleninstantie Financiële Dienstverlening (GIFID) kan worden geconcludeerd dat de ondertekenaars mede tot hun initiatief zijn gekomen doordat de Nederlandse overheid passende en doeltreffende klachten- en beroepsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van geschillen omtrent door financiële dienstverleners aan consumenten geleverde financiële diensten heeft bevorderd en de invoering van passende en doeltreffende klachten- en beroepsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van dergelijke geschillen heeft aangemoedigd. Gesteld kan dan ook worden dat Nederland heeft voldaan aan de uit artikel 14 lid 1 Richtlijn 2002/65/EG, artikel 11 lid 1 Richtlijn 2002/92/EG en artikel 53 lid 1 Richtlijn 2004/39/EG voortvloeiende plicht tot het stimuleren, bevorderen, dan wel aanmoedigen van (de inrichting van) efficiënte en doeltreffende klachten- en beroepsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen op de door voornoemde richtlijnen bestreken terreinen.

66. Inmiddels ligt voor Richtlijn MiFID II (2014/65), waarin artikel 75 bepaalt:

*"1. De lidstaten zorgen voor de inrichting van efficiënte en doeltreffende klachten- en beroepsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen betreffende door beleggingsondernemingen verleende beleggingsdiensten en nevendiensten, waarbij in voorkomend geval van bestaande organen gebruik wordt gemaakt. De lidstaten dragen er verder zorg voor dat alle beleggingsondernemingen zich aansluiten bij een of meer van deze organen die dergelijke klachten- en beroepsprocedures ten uitvoer leggen.*

*2. De lidstaten zorgen ervoor dat deze organen actief met hun tegenhangers in andere lidstaten samenwerken bij de regeling van grensoverschrijdende geschillen.*

*3. De bevoegde autoriteiten brengen ESMA op de hoogte van de in lid 1 bedoelde klachten- en beroepsprocedures die in hun rechtsgebieden beschikbaar zijn." ESMA maakt een lijst van alle buitengerechtelijke procedures op haar website bekend en houdt deze bij.*



## Hoofdstuk 3

# De opzet en inrichting van Kifid in historisch perspectief

### 3.1 Inleiding

Om de kernvraag<sup>67</sup> in dit proefschrift te kunnen beantwoorden is het van belang te weten op welke wijze Kifid is ingericht. De identiteit en structuur van Kifid is in belangrijke mate bepaald ten tijde van de oprichting. De hoofdlijnen van de organisatiestructuur zijn toen namelijk vast komen te liggen doordat de oprichters ervoor hebben gekozen het instituut op te richten in de vorm van een stichting. Een stichting wordt opgericht bij notariële akte (artikel 2:286 lid 1 BW). Artikel 2:286 lid 3 BW schrijft voor dat voornoemde akte de statuten van de stichting dient te bevatten. Hoewel statuten zeer beknopt kunnen zijn, zijn zij niet zelden bepalend voor de opzet en inrichting van een rechtspersoon. Maeijer gaat zelfs zo ver dat hij de statuten als *'het samenstel van regels dat de organisatie van de rechtspersoon bepaalt'* betitelt.<sup>68</sup> In ieder geval is het zo dat uit de statuten van een rechtspersoon de hoofdlijnen van de organisatiestructuur kunnen worden afgeleid.<sup>69</sup> Dat is bij Kifid niet anders. Er kunnen gaandeweg ook weer wijzigingen optreden in de opzet, inrichting en/of het interne recht<sup>70</sup> van een rechtspersoon. In zijn relatief korte bestaansgeschiedenis hebben zich op dat terrein al diverse ontwikkelingen bij Kifid voorgedaan. Om een goed beeld te kunnen krijgen van die ontwikkelingen, zal een indeling worden gemaakt aan de hand van een aantal momenten, dat van bijzonder belang is geweest voor de opzet, inrichting en aanpassing van het (functioneren van het) Kifid. Het meest belangrijke moment in dit kader is vanzelfsprekend het moment van oprichting van Kifid geweest: 21 juni 2006. Hierna zal in paragraaf 3.2 allereerst aandacht worden besteed aan de in de akte van oprichting opgenomen statuten.

Op 15 maart 2007 heeft Kifid zijn eerste statutenwijziging doorgevoerd, welke ook gevolgen heeft gehad voor zijn structuur. Welke gevolgen deze statutenwijziging heeft gehad voor de opzet en inrichting van Kifid zal nader worden besproken in paragraaf 3.3.

Het derde betekenisvolle moment voor de opzet en inrichting van Kifid is het besluit van het bestuur van Kifid om per 1 juli 2008 binnen de gelederen van het instituut

67. De kernvraag is of Kifid is ingericht en functioneert in overeenstemming met de voor hem geldende juridische randvoorwaarden.

68. Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997/258.

69. Zie hierover ook Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 77-79.

70. Zie voor het begrip 'het interne recht' Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 73: *"Vereniging en stichting zijn, als andere rechtspersonen, de juridische bevestiging van een organisatorisch geheel. In dat geheel functioneren personen en groepen van personen. Voor het functioneren van de organisatie en de bij de organisatie betrokkenen, zijn uiteraard bepaalde regels nodig. Deze regels bevatten bijvoorbeeld welke rechten en verplichtingen elk van de betrokkenen ten aanzien van de rechtspersoon heeft en de wijze waarop dergelijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, procedures voor de wijze van totstandkoming van besluiten en de verdeling van bevoegdheden in de organisatie van de rechtspersoon. Dit geheel van regels duiden wij aan als het interne recht van de rechtspersoon."*

een eigen instantie voor hoger beroep op te richten: de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna te noemen: de Commissie van Beroep). Mede vanwege deze ontwikkeling heeft het bestuur van Kifid besloten de statuten van de stichting voor de tweede keer in korte tijd te wijzigen. Deze tweede wijziging is doorgevoerd per 17 juli 2009. Aan beide voornoemde momenten — het besluit tot oprichting van een hogerberoepsinstantie en de daaropvolgende statutenwijziging — zal in paragraaf 3.4 aandacht worden besteed.

Als vierde belangrijk moment kan — relatief arbitrair — 10 mei 2010 worden genoemd. Dat is de dag waarop de Tijdelijke Commissie Onderzoek Financieel Stelsel, beter bekend als de Commissie-De Wit, zijn onderzoeksbevindingen presenteerde, waarna Kifid mede vanwege de ‘woekerpolisaffaire’ onder het vergrootglas van de politiek is komen te liggen. De voor Kifid relevante bevindingen van de Commissie-De Wit en mede daarmee samenhangende ontwikkelingen worden besproken in paragraaf 3.5.

Mede vanwege voornoemde aandacht vanuit de politiek, heeft Kifid per 30 september 2011 voor de derde keer zijn statuten aangepast. De gevolgen van deze laatste statutenwijziging voor de opzet en inrichting van Kifid komen aan bod in paragraaf 3.6.

De meest recente statutenwijziging heeft plaatsgevonden op 12 december 2014. In dit hoofdstuk zal kort aandacht worden besteed aan de gevolgen van deze laatste statutenwijziging voor de opzet en inrichting van Kifid. De reglementen van Kifid zullen met name aan bod komen in hoofdstuk 5 van dit boek.

### 3.2 De initiële statuten

Zoals gezegd heeft de oprichting van Kifid in juridische zin plaatsgevonden op 21 juni 2006, toen er door de brancheorganisaties een stichting is opgericht onder de naam Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. Artikel 2 van de in de oprichtingsakte opgenomen statuten omschrijft de doelstelling van de stichting als volgt:

*“(...) het opzetten van een erkende geschilleninstantie zoals bedoeld in de Wet financiële dienstverlening, waarbij de intentieverklaring inzake de Stichting Geschilleninstantie Financiële Dienstverlening als uitgangspunt dient, en voorts alles wat daarmee in de ruimste zin verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.”*

Gezien deze doelstelling zou het niet verbazingwekkend zijn geweest als ook een aantal van de in de intentieverklaring genoemde uitgangspunten in de vorm van beperkingen en voorwaarden terug zou zijn gekomen in de in de akte van oprichting opgenomen statuten.<sup>71</sup> Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan de volgende bepalingen uit de intentieverklaring:

*“2.2 De stichting kent een algemeen bestuur bestaande uit vertegenwoordigers van partijen die een representatieve afspiegeling van de markt vormen.*

71. Voor de intentieverklaring en de daarin opgenomen uitgangspunten wordt verwezen naar paragraaf 2.6 van het vorige hoofdstuk.



*2.3 Er komt een balans tussen partijen die het segment bemiddelaars, het segment aanbieders vertegenwoordigen, alsmede een balans tussen de verschillende product-groepen.”*

De oprichters hebben er echter voor gekozen de statutaire bevoegdheden zeer ruim te redigeren en bovengenoemde onderdelen ongeregeld te laten. Ook de Ombudsman Financiële Dienstverlening en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening worden in de akte van oprichting opgenomen statuten in het geheel niet genoemd. Het in de intentieverklaring genoemde onderscheid tussen een algemeen en een dagelijks bestuur is wel terug te vinden in de in de akte van oprichting opgenomen statuten.<sup>72</sup> Het in de intentieverklaring genoemde uitgangspunt dat het algemeen bestuur dient te worden voorgezeten door een door de leden van het bestuur te kiezen en te benoemen onafhankelijke voorzitter vindt men daarin echter niet terug. De eerste twee leden van artikel 3 van de in de akte van oprichting opgenomen statuten bepalen namelijk het volgende:

*“1. De stichting kent een algemeen bestuur, bestaande uit de bij de stichting aangesloten representatieve organisaties van financiële dienstverleners, die zich in het bestuur kunnen laten vertegenwoordigen door een door henzelf aan te wijzen natuurlijk persoon.  
2. Het bestuur kiest uit zijn midden een voorzitter, secretaris en penningmeester, die tezamen het dagelijks bestuur vormen.”*

Opvallend is ook, gezien de intentieverklaring, dat de statuten met geen woord reppen over de taak- en/of bevoegdheidsverdeling tussen algemeen en dagelijks bestuur.<sup>73</sup> Zoals reeds in het vorige hoofdstuk is vermeld, zou de taak van het algemeen bestuur blijken de intentieverklaring bestaan uit het benoemen van arbiters op voordracht van de arbiters, het formuleren van beleid van de stichting op hoofdlijnen, het vaststellen van begroting en jaarrekening, het vaststellen van het jaarverslag en alle overige zaken die in het maatschappelijk verkeer tot de bestuurs-taak behoren, terwijl de taak van het dagelijks bestuur zou bestaan uit het toezicht op de interne organisatie en het dagelijkse beleid. Nu hierover in de initiële statuten niets is bepaald, moet het erop worden gehouden dat het algemeen bestuur heeft te gelden als ‘het bestuur’ in de zin van Boek 2 BW.<sup>74</sup>

Hoewel de ondertekenaars van de intentieverklaring betrokkenheid in het bestuur van een of meer consumentenorganisaties wenselijk vonden (zo blijkt uit de intentieverklaring), is er in de initiële statuten geen enkele verplichting in die richting opgenomen. Het eerste bestuur van Kifid bleek zelfs enkel en alleen te bestaan uit

72. Zie artikel 3 van de in de akte van oprichting opgenomen statuten.

73. Zoals reeds in het vorige hoofdstuk is vermeld, zou de taak van het algemeen bestuur blijken de intentieverklaring bestaan uit het benoemen van arbiters op voordracht van de arbiters, het formuleren van beleid van de stichting op hoofdlijnen, het vaststellen van begroting en jaarrekening, het vaststellen van het jaarverslag en alle overige zaken die in het maatschappelijk verkeer tot de bestuurs-taak behoren, terwijl de taak van het dagelijks bestuur zou bestaan uit het toezicht op de interne organisatie en het dagelijkse beleid.

74. Asser/Rensen 2-III\* 2012/333 en Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 193. Vgl. Asser/Rensen 2-III\* 2012/152 en 347.

vertegenwoordigers van representatieve financiële brancheorganisaties.<sup>75</sup> Dit enkele feit betekent overigens nog niet dat de Ombudsman en de Geschillencommissie niet onpartijdig en onafhankelijk te werk zouden kunnen gaan bij het beoordelen van geschillen. Uit de jurisprudentie kan namelijk worden opgemaakt dat de aantasting van een bindend advies op de grond dat een bindend adviseur niet onpartijdig of onafhankelijk is, alleen kans van slagen heeft wanneer feiten en omstandigheden aan het licht komen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een bindend adviseur bij het geven van zijn beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in het bindend advies in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt. Daar komt bij dat een partij in een zodanige vordering slechts kan slagen, indien de door haar aan haar vordering ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden haar gedurende de procedure niet bekend zijn geweest en het haar niet valt toe te rekenen dat zij daarmee in dat stadium niet bekend was.<sup>76</sup>

In verband met de stelling dat de Ombudsman en de Geschillencommissie niet onpartijdig en onafhankelijk te werk zouden kunnen gaan bij het beoordelen van geschillen is het van belang erop te wijzen dat partijen zich niet kunnen beroepen op onbekendheid met feiten die overeenkomstig de voorschriften van de Handelsregisterwet in het handelsregister zijn ingeschreven. Nadat Kifid heeft voldaan aan zijn uit artikel 2:289 BW voortvloeiende verplichting tot inschrijving van de stichting in het handelsregister, kan Kifid bijvoorbeeld niet worden tegengeworpen dat zijn bestuur enkel en alleen bestaat uit vertegenwoordigers van representatieve financiële brancheorganisaties en dit bestuur gezien de statuten bevoegd is tot benoeming van de Ombudsman en de leden van de Geschillencommissie.<sup>77</sup> ADR-instituten dienen volgens het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie echter ook in het oog te houden dat zij burgers ervan dienen te overtuigen dat geschillen door hen op een billijke, onpartijdige en onafhankelijke wijze worden beslecht. Om die reden dienen met ADR belaste natuurlijke personen of collegiale organen *“onafhankelijk te zijn van alle partijen die op enigerlei wijze belang zouden kunnen*

75. Het eerste bestuur van de stichting bestond, zo blijkt uit de akte van oprichting, uit de volgende bestuurders:

1. Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), vertegenwoordigd door de heer mr. A. Bus;
2. Verbond van Verzekeraars (VvV), vertegenwoordigd door de heer mr. H.L. de Boer;
3. Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland (VFN), vertegenwoordigd door de heer mr. B.C. de Nie;
4. Nederlandse Vereniging van Assurantieadviseurs en financiële dienstverleners (NVA), vertegenwoordigd door de heer mr. N.A. Mourits;
5. Vereniging van onafhankelijke financiële en assurantieadviseurs (NBVA), vertegenwoordigd door de heer mr. A.R. Groenemeijer;
6. Vereniging van Hypotheekadviseurs in Nederland (VvHN), vertegenwoordigd door de heer C. Kielstra;
7. Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigde Assurantiebedrijven (NVGA), vertegenwoordigd door de heer mr. C.P.M. van Ham; en
8. Vereniging van gecertificeerd financieel planners (VFFP), vertegenwoordigd door de heer P.A. Otten.

76. Vgl. HR 18 februari 1994, NJ 1994/765 (Nordström/Nievelt Goudriaan & Co) en EHRM 26 november 1996, NJ 1997/505; TvA 1997, p. 26-30 (Nordström/Nederland).

77. HR 26 juni 1981, NJ 1982/1 (Van den Broeck/Van Willigen Vuren). Vgl. Assink/Slagter 2013 (Deel 1), § 3.

hebben bij de uitkomst en er mogen geen belangenconflicten zijn waardoor hun beslissingen niet op een billijke, onpartijdige en onafhankelijke wijze tot stand zouden komen”, zo zijn het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van oordeel.<sup>78</sup> Die onafhankelijkheid kan ook (mede) worden geborgd via nadere reglementen.

In de tweede helft van 2006 heeft een werkgroep, bestaande uit E.M. Dil-Stork, A. van Delden, C.E. du Perron en J.W. Wabeke, gewerkt aan de eerste conceptversies van reglementen voor de Ombudsman Financiële Dienstverlening en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Vervolgens heeft het bestuur van de stichting in samenwerking met voornoemde betrokkenen toegewerkt naar de definitieve reglementen, waarna het bestuur deze op 20 december 2006 heeft vastgesteld.<sup>79</sup>

Kennelijk boden de initiële statuten — wellicht mede gezien voorgaande opmerkingen — toch onvoldoende juridische basis voor het bestuur om het instituut vorm te geven op een wijze die wenselijk werd geacht, want al op 4 januari 2007 kondigde Kifid een statutenwijziging aan:

*“De laatste weken van december 2006 zijn de afrondende stappen genomen om de opzet van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening geformaliseerd te krijgen. De notaris heeft de statuten aangepast aan de gewenste situatie. Belangrijk daarbij was het uiteindelijke bestuursmodel met vertegenwoordigers vanuit de banken, verzekeraars, intermediair, effectenbranche en Consumentenbond.*

*Het bestuur heeft nu de juridische basis om het uiteindelijke instituut vorm te geven. Het Dagelijks Bestuur van de stichting wordt momenteel gevormd door Koos Bus (voorzitter, namens Nederlandse Vereniging van Banken), Leo de Boer (namens Verbond van Verzekeraars) en Niels Mourits (penningmeester, namens Nederlandse Vereniging van Assurantieadviseurs en financiële dienstverleners). De overige bestuursleden in het Algemeen Bestuur zijn Rob Groenemeijer (namens Vereniging van onafhankelijke en financiële assurantieadviseurs), Coen van Ham (namens Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigde Assurantiebedrijven), Cees Kielstra (namens Vereniging van Hypotheekadviseurs Nederland), Bart de Nie (namens Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland) en Peter Otten (namens Vereniging Federatie Financieel Planners).*

*De komende periode gaat het bestuur verder werken aan o.a. de uiteindelijke bestuurs-samenstelling. De heer mr. R.J. Hoekstra heeft positief gereageerd op het verzoek om de functie van onafhankelijk voorzitter te vervullen. De heer Hoekstra is lid van de Raad van State en onder andere bekend vanwege zijn informateurschap. Hij is overigens momenteel reeds voorzitter van het bestuur van de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen.”<sup>80</sup>*

78. Vgl. overweging 32 van de considerans van Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, PbEU 2013, L 165/63 (hierna: Richtlijn ADR consumenten).

79. Aldus het Kifid-nieuwsbericht van 3 januari 2007, [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl). Met ‘de definitieve reglementen’ wordt in dit geval bedoeld het Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening versie 4 d.d. 20 december 2006 en het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening versie 4 d.d. 20 december 2006.

80. Zie Kifid-nieuwsbericht van 4 januari 2007, [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl).

### 3.3 Statutenwijziging per 15 maart 2007

De in het nieuwsbericht van 4 januari 2007 aangekondigde nieuwe statuten traden in werking op 15 maart 2007.

Deze nieuwe statuten (hierna te noemen: statuten (versie 15 maart 2007)) kennen in tegenstelling tot de initiële statuten geen onderscheid meer tussen een algemeen en dagelijks bestuur. De door de oprichters gewenste onafhankelijke voorzitter is nu echter wel statutair verankerd. Het vernieuwde artikel 3 bepaalde namelijk dat het bestuur van de stichting uit 10 natuurlijke personen dient te bestaan en dat dit bestuur moet zijn samengesteld uit:

- a. twee leden namens de banken, voor te dragen door de representatieve organisatie van banken, zijnde de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB);
- b. twee leden namens de verzekeraars, voor te dragen door de representatieve organisatie van verzekeraars, zijnde het Verbond van Verzekeraars (VvV);
- c. twee leden van het Bestuur namens de representatieve organisaties van bemiddelaars en adviseurs, voor te dragen door respectievelijk de NBVA, vereniging van onafhankelijke financiële en assurantieadviseurs en de Nederlandse vereniging van assurantieadviseurs en financiële dienstverleners (NVA);
- d. twee leden namens de binnen de financiële markt representatieve consumentenorganisaties die geen commerciële taken vervullen op het gebied van financiële dienstverlening en die niet gelieerd zijn aan een financiële dienstverlener, voor te dragen door die organisaties;
- e. een lid, voor te dragen door Stichting Dutch Securities Institute; en
- f. een onafhankelijk Voorzitter, voor te dragen en te benoemen door het Bestuur.

Deze onafhankelijke voorzitter heeft *“mede tot taak er op toe te zien dat de gerechtvaardigde belangen van de individuele in het vorige lid gemelde partijen bij de besluitvorming binnen het Bestuur worden gerespecteerd”*, zo is in artikel 3 lid 3 onderdeel f van de statuten (versie 15 maart 2007) bepaald. Deze bepaling dient naar mijn mening te worden gezien in het licht van een voorbehoud<sup>81</sup> dat door de Nederlandse Vereniging van Banken is gemaakt ten aanzien van onderdeel 2.3 en 2.6 van de intentieverklaring betreffende de samenstelling van het algemeen bestuur en de stemverhouding: *“Als alle betrokken organisaties in het bestuur een zetel krijgen zal in de stemverhouding rekening moeten worden gehouden met ieders omvang en belang en zal in het bestuur een zwaarder gewicht moeten worden gehecht aan het standpunt van organisaties die bij een bepaald onderwerp een duidelijk zwaarder belang hebben”*, zo schrijft de NVB aan het Verbond van Verzekeraars.<sup>82</sup>

Aan de hand van de oude reglementen van de Geschillencommissie kan in sommige gevallen worden herleid wanneer bepaalde belangen van individuele partijen binnen het bestuur een rol hebben gespeeld. In versie 4 van het Reglement Geschil-

81. Dit voorbehoud blijkt uit een brief van de NVB d.d. 28 juli 2005, gericht aan het Verbond van Verzekeraars.

82. Gezien onderdeel 2.3 en 2.6 van de intentieverklaring was het de bedoeling dat het algemeen bestuur van de stichting zou gaan bestaan uit vertegenwoordigers van partijen die een representatieve afspiegeling van de markt vormen, waarbij er een balans zou komen tussen partijen die het segment bemiddelaars en het segment aanbieders vertegenwoordigen, alsmede tussen de verschillende productgroepen. De stemverhoudingen binnen het algemeen bestuur zouden vervolgens pas na de oprichting bij reglement nader worden ingevuld, rekening houdend met voornoemde balans alsmede met criteria als omvang van de achterban, financiële bijdrage enz.

lencommissie Financiële Dienstverlening<sup>83</sup> is bijvoorbeeld in artikel 19.5 de bepaling opgenomen dat een uitspraak waarin aan hoofdsom (exclusief verdragingsrente en kosten) een bedrag van meer dan € 150 000 wordt toegewezen, voor partijen niet bindend is.<sup>84</sup> In de op 1 juli 2008 in werking getreden vijfde versie van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening is in voornoemd artikel onder meer het volgende bepaald:

*“In afwijking van het in art. 19.3 bepaalde, is een uitspraak voor partijen niet bindend, ook niet indien zij de in dat lid bedoelde verklaring hebben afgelegd indien daarin aan hoofdsom (exclusief verdragingsrente en kosten) een bedrag wordt toegewezen van*

- meer dan € 250 000 indien de Aangeslotene lid is van het Verbond van Verzekeraars of de Nederlandse Vereniging van Banken;*
- meer dan € 100 000 in alle overige gevallen.”*

Het lijkt er dus sterk op dat er bij de totstandkoming van de vijfde versie van het reglement een discrepantie is geweest tussen de belangen van aan het Verbond van Verzekeraars en de Nederlandse Vereniging van Banken gelieerde bestuursleden enerzijds en de andere bestuursleden anderzijds, maar dat duidelijk getracht is de gerechtvaardigde belangen van de diverse partijen binnen het bestuur te respecteren. In hoeverre het nieuwe artikel 3 lid 3 onderdeel f van de statuten (versie 15 maart 2007) daarbij een rol heeft gespeeld, weet ik niet. In ieder geval staat naar mijn mening vast dat hetgeen van het bestuur van Kifid op de voet van artikel 2:8 BW wordt gevorderd ook meebrengt dat bestuursleden bij het dienen van het belang van Kifid ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij Kifid zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad, ongeacht of daarnaast nader in de statuten (versie 15 maart 2007) is bepaald dat de gerechtvaardigde belangen van de in artikel 3 genoemde organisaties bij de besluitvorming binnen het Bestuur dienen te worden gerespecteerd.<sup>85</sup>

Artikel 6 lid 6 van de statuten (versie 15 maart 2007) kan ook in het licht van het eerdergenoemde door de Nederlandse Vereniging van Banken gemaakte voorbehoud worden gezien. Deze bepaling luidt als volgt:

*“Een besluit dat, naar het oordeel van de Voorzitter, de redelijke belangen van één of meerdere van de partijen bedoeld in artikel 3 lid 3 sub a tot en met e op onevenredige wijze benadeelt wordt geacht te zijn verworpen indien een stem daartegen wordt uitgebracht door beide bestuursleden die zijn benoemd op voordracht van één van de in artikel 3 lid 3 sub a tot en met e genoemde representatieve organisaties, tezamen met de Voorzitter, waarbij de Voorzitter in een stemverklaring uitdrukkelijk aangeeft dat er naar zijn oordeel sprake is van een dergelijk besluit.”*

83. Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening versie 4 d.d. 20 december 2006.

84. Artikel 19.5 Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening versie 4 d.d. 20 december 2006.

85. “Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd”, aldus artikel 2:8 BW.

De statutaire doelstelling van de stichting blijkt te zijn verruimd met het oog op de instelling van een tuchtcommissie. Volgens de statuten (versie 15 maart 2007) heeft de stichting ten doel:

- "a. het instellen en in stand houden van een door de Minister van Financiën erkend bemiddelingsorgaan en bindend adviescollege bij klachten en geschillen van consumenten met betrekking tot het leveren van financiële diensten, zoals gedefinieerd in de Wet op het financieel toezicht;*
- b. het op verzoek van een aangesloten brancheorganisatie en/of beroepsorganisatie in werking doen treden van een tuchtfunctie;*
- c. het vervullen van een voorlichtingsrol met betrekking tot interne klachtenregelingen en het stellen van uniforme toetsingskaders voor deze regelingen, en voorts alles wat daarmee in de ruimste zin verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn."*<sup>86</sup>

*"De stichting tracht dit doel onder meer te bereiken door het instellen van een Ombudsman, een Geschillencommissie en een Tuchtcommissie met bijbehorend reglementen en door zorg te dragen voor een adequate bureauorganisatie", aldus artikel 2 lid 2 van de statuten (versie 15 maart 2007).*

De nieuwe Tuchtcommissie heeft tot taak om representatieve organisaties die een daartoe strekkende overeenkomst met Kifid zijn aangegaan, tuchtrechtelijke adviezen inzake hun leden te geven in overeenstemming met de volgens die overeenkomst relevante tuchtrechtelijke en overige voorschriften en reglementen, zo blijkt uit artikel 10 van de statuten (versie 15 maart 2007).

Deze verruiming van de doelstelling kan worden gezien tegen de achtergrond van de in die periode bij het Verbond van Verzekeraars levende wens om in het kader van de eenloketgedachte zijn tuchtrecht bij Kifid onder te brengen, zo blijkt uit berichtgeving van het Verbond.<sup>87</sup> Zo meldt het Verbond in een persbericht van 7 januari 2008 het volgende:

*"Per 1 januari 2008 heeft het Verbond van Verzekeraars de Tuchtraad Financiële Dienstverlening ingesteld. Deze onafhankelijke tuchtraad, verbonden aan het Klachteninstituut Financiële dienstverlening (Kifid), behandelt de klachten van klanten over het gedrag van de verzekeraars. De Tuchtraad Financiële Dienstverlening, samengesteld uit onder meer prominente juristen, zorgt voor een solide fundament van de zelfregulering door toetsing aan belangrijke bindende gedragscodes en regelingen van het Verbond van Verzekeraars.*

*De tuchtraad biedt de consument een extra loket in aanvulling op de bestaande bemiddeling en geschillenbeslechting van Kifid. In die kortlopende procedures, die een bindende uitspraak kunnen opleveren, wordt beoordeeld of een verzekeraar zich in een concreet geval redelijk heeft opgesteld. Bij de Tuchtraad gaat het om een principiële toetsing van het gedrag van de verzekeraar aan bijvoorbeeld in de branche geldende gedragsregels. Het gaat hier om zelfregulering, die bindend is voor de leden*

86. Artikel 2 lid 1 van de statuten (versie 15 maart 2007).

87. Zie het VvV-nieuwsbericht van 15 januari 2008, [www.verbondvanverzekeraars.nl](http://www.verbondvanverzekeraars.nl).

van het Verbond van Verzekeraars. Voorbeelden hiervan zijn de gedragscodes op het vlak van persoonlijk onderzoek, letselschade en privacy van klanten.”<sup>88</sup>

In zijn nieuwsbericht van 15 januari 2008 formuleert het Verbond het als volgt:

*“Verder is op verzoek van het Verbond per 1 januari 2008 een Tuchtraad binnen Kifid in werking getreden. Het Verbond heeft er (overigens als enige partij binnen Kifid) voor gekozen zijn tuchtrecht bij het klachteninstituut onder te brengen, omdat daarmee recht wordt gedaan aan de één-loketgedachte.*

*Bovendien ontstaat zo een zuiver onderscheid in de afhandeling van klachten (over verzekeraars): de Ombudsman en GFD (en de beroepscommissie) behandelen klachten met civielrechtelijke consequentie (de verzekeraar moet bijvoorbeeld betalen). (...).”*

In april 2008 blijkt echter dat het Verbond ervoor heeft gekozen zijn tuchtraad toch niet onder te brengen bij Kifid:

*“Oorspronkelijk idee was om die bij Kifid onder te brengen, maar omdat de andere financiële dienstverleners geen tuchtrecht kenden en voor misverstanden vreesden, is uiteindelijk besloten de Tuchtraad los te koppelen van Kifid. Sinds 1 april 2009 gaat de raad als Tuchtraad Assurantiën door het leven en toetst ze alleen verzekeringsklachten.*

*Helemaal los van Kifid staat de Tuchtraad echter niet. Zo verzorgt het klachteninstituut de secretariële ondersteuning en vinden er over en weer verwijzingen plaats. Zo komt een klacht van een consument eerst binnen bij Kifid (een consumentenklacht kan niet rechtstreeks aan de Tuchtraad worden voorgelegd). Als Kifid vermoedt dat er een tuchtrechtelijk aspect aan zit, wordt deze voorgelegd aan de Tuchtraad. Het omgekeerde gebeurt ook: als de Tuchtraad een klacht van een verzekeraar over een andere verzekeraar krijgt en de klacht blijkt geen ‘tuchtklacht’ te zijn, kan de klacht worden doorverwezen naar Kifid.”<sup>89</sup>*

Ook nieuw in de statuten (versie 15 maart 2007) is de instelling van de zogenoemde benoemingscommissie. De taak van de benoemingscommissie is bindende voordrachten aan het bestuur te doen voor de benoeming van de (substituut-)Ombudsman, alsmede van de leden van de Geschillencommissie. De benoemingscommissie doet voorts, na overleg met het bestuur dan wel met de voorzitter van de Geschillencommissie, een voorstel voor een door het bestuur op te stellen profielschets voor de respectievelijke functies.<sup>90</sup> In dit kader moet in herinnering worden geroepen dat in de Intentieverklaring nog werd uitgegaan van gecontroleerde coöptatie bij de benoeming van de arbiters: het algemeen bestuur zou de arbiters benoemen op voordracht van de arbiters, gezien het daarin opgenomen uitgangspunt 2.7.<sup>91</sup> De leden van de benoemingscommissie worden door het bestuur benoemd. Twee leden worden benoemd op bindende voordracht van de door de consumentenorganisaties voorgedragen bestuursleden en twee leden worden benoemd op bindende

88. Zie het VvV-persbericht van 7 januari 2008, [www.verbondvanverzekeraars.nl](http://www.verbondvanverzekeraars.nl).

89. Zo schrijft het Verbond in zijn magazine *Verzekerd!*: *Verzekerd!* 2009, afl. 8, p. 5.

90. Artikel 8 lid 1 van de statuten (versie 15 maart 2007).

91. Uit de tekst van de intentieverklaring kan naar mijn mening worden opgemaakt dat met ‘arbiters’ wordt bedoeld op de te benoemen leden van de Geschillencommissie en de Ombudsman.

voordracht van de vanuit de brancheorganisaties voorgedragen bestuursleden. De benoemingscommissie benoemt vervolgens zelf een onafhankelijke voorzitter. Het Bestuur kan uitsluitend om zwaarwegende redenen de bindende werking aan deze voordracht ontnemen.<sup>92</sup>

Voorts valt nog op te merken dat de taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de Ombudsman Financiële Dienstverlening en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening — in tegenstelling tot bij de initiële statuten — ditmaal wel statutair verankerd zijn, zo blijkt uit artikel 7 en 9 van de statuten (versie 15 maart 2007).

Daarnaast blijkt de verplichting om Kifid op te zetten overeenkomstig de in de Intentieverklaring inzake de Stichting Geschilleninstantie Financiële Dienstverlening opgenomen uitgangspunten uit de statuten te zijn geschrapt. Kennelijk werden deze uitgangspunten toch als te klemmend ervaren of was er inmiddels sprake van een gewijzigd inzicht. Zo lijkt een deel van de achterban van sommige partijen die bij de Intentieverklaring betrokken zijn geweest niet met vreugde te hebben gereageerd op het in de Intentieverklaring opgenomen uitgangspunt dat een Wfd-vergunninghouder die aangesloten is bij een aan de Intentieverklaring gebonden partijen zich onderwerpt aan bindend advies.<sup>93</sup>

### 3.4 De instelling van een beroepsinstantie per 1 juli 2008

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk reeds is gezegd, is als derde betekenisvolle moment voor de opzet en inrichting van Kifid gekozen voor het besluit van het bestuur van Kifid om per 1 juli 2008 binnen de gelederen van het instituut een eigen instantie voor hoger beroep op te richten.

In het jaarverslag van Kifid over 2008 wordt hierover het volgende opgemerkt:

*“Bij de oprichting van Kifid was het niet duidelijk of het instituut een eigen instantie voor hoger beroep zou kennen. Daarom bevatten de statuten van Kifid geen bepaling met betrekking tot de wijze waarop de leden van een dergelijke instantie worden benoemd.*

*Later besloot het bestuur van Kifid om met ingang van 1 juli 2008 alsnog binnen de gelederen van het instituut een eigen instantie voor hoger beroep op te richten. Deze Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening komt wat opzet betreft grotendeels overeen met de beroepsinstantie bij Dutch Securities Institute (DSI).*

*De Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening biedt consumenten en aangesloten financiële dienstverleners de mogelijkheid om beroep aan te tekenen tegen bindende adviezen van de Geschillencommissie waarbij het belang van het geschil minstens 25 000 euro belooft. Daarnaast hebben aangesloten financiële dienstverleners de mogelijkheid om beroep aan te tekenen tegen bindende adviezen van de Geschillencommissie waarbij het belang voor de desbetreffende financiële dienstverlener of voor de hele bedrijfstak minimaal 5 miljoen euro bedraagt. Deze mogelijkheid van zogenoemd ‘princiepelijk beroep’ was niet nieuw. Vooruitlopend op de eventuele oprichting van een beroepsinstantie bood het reglement van de Geschillencommissie fi-*

92. Artikel 8 lid 2 van de statuten (versie 15 maart 2007).

93. [www.adfiz.nl/overadfiz/adfiz-nieuws/adfiz-reactie-op-vragen-over-aansluiting-bij-kifid/](http://www.adfiz.nl/overadfiz/adfiz-nieuws/adfiz-reactie-op-vragen-over-aansluiting-bij-kifid/), laatst geraadpleegd op 10 maart 2015.



*nanciële dienstverleners al de mogelijkheid om in zaken waarin voor de dienstverlener of voor de bedrijfstak een belang van meer dan 5 miljoen euro was gemoeid, het geschil aan de gewone rechter of een andere door de betrokken partijen aangewezen geschilbeslechter voor te leggen, met terzijdelating van het bindend advies van de Geschillencommissie. Met het instellen van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening heeft deze mogelijkheid van principiële beroep binnen het instituut daadwerkelijk vorm gekregen. De nu nog bestaande mogelijkheid om het geschil aan de rechter voor te leggen, zal met ingang van 1 januari 2011 komen te vervallen.”<sup>94</sup>*

Op 11 mei 2009 besluit het bestuur van Kifid opnieuw tot statutenwijziging over te gaan, met name om de organisatiestructuur zoals deze eruit is komen te zien nadat door het bestuur van de stichting het besluit is genomen om binnen de gelederen van het instituut een eigen instantie voor hoger beroep op te richten te codificeren. Deze tweede statutenwijziging in de relatief korte bestaansgeschiedenis van Kifid is per 17 juli 2009 doorgevoerd. Het besluit van het Verbond van Verzekeraars om zijn tuchtraad toch niet onder te brengen bij Kifid<sup>95</sup> blijkt echter ook tot enkele aanpassingen in de statuten te hebben geleid. Zo is de statutaire doelstelling wederom enigszins bijgesteld. Daar waar het eerdergenoemde artikel 2 lid 2 van de statuten eerst bepaalde dat de stichting haar doel onder meer eerder tracht te bereiken “door het instellen van een Ombudsman, een Geschillencommissie en een Tuchtcommissie met bijbehorend reglementen en door zorg te dragen voor een adequate bureauorganisatie”,<sup>96</sup> wordt na de statutenwijziging bepaald dat de stichting dit doel onder meer tracht te bereiken “door het instellen van een Ombudsman, een Geschillencommissie en een Commissie van Beroep met bijbehorend reglementen en door zorg te dragen voor een adequate bureauorganisatie”.<sup>97</sup> De bij de vorige statutenwijziging in het leven geroepen Tuchtcommissie blijkt bij deze statutenwijziging weer in zijn geheel uit statuten te zijn geschrapt. De doelstelling om op verzoek van een aangesloten brancheorganisatie en/of beroepsorganisatie een tuchtfunctie in werking te doen treden is echter gehandhaafd. Nieuw in de statuten zijn regels met betrekking tot de wijze waarop de leden van de Commissie van Beroep worden benoemd.<sup>98</sup>

### 3.5 De bevindingen van de Commissie-De Wit en daarmee samenhangende ontwikkelingen

Vanaf de zomer van 2007 openbaarde zich de kredietcrisis waarvan de gevolgen vandaag ook voor Kifid nog steeds merkbaar zijn. Zoals vrij algemeen bekend heeft de Tweede Kamer naar aanleiding van het intreden van de kredietcrisis op 24 juni 2009 een onderzoekscommissie ingesteld<sup>99</sup> met als taak een antwoord te geven op de volgende vraag:

94. Jaarverslag Kifid 2008, p. 46, [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

95. Zie hierover paragraaf 3.3.

96. Artikel 2 lid 2 van de statuten (versie 15 maart 2007).

97. Artikel 2 lid 2 van de statuten (versie 17 juli 2009).

98. Artikel 9 van de statuten (versie 17 juli 2009).

99. *Handelingen II* 2008/09, 98, p. 7741.

*“Wat zijn de oorzaken van de recente turbulente ontwikkelingen in het financiële stelsel en welke aanbevelingen voor een adequater functionerend financieel stelsel kunnen op grond van de bevindingen worden gedaan?”<sup>100</sup>*

Deze commissie, bekend als de Tijdelijke Commissie Onderzoek Financieel Stelsel, maar beter bekend als de Commissie-De Wit, presenteerde op 10 mei 2010 haar onderzoeksbevindingen onder de naam ‘Verloren krediet’.<sup>101</sup> De commissie komt in dit rapport met 27 aanbevelingen aan toezichthouders, banken en de politiek. Aanbeveling 21 heeft betrekking op de positie van de Ombudsman Financiële Dienstverlening van Kifid en luidt als volgt:

*“De commissie beveelt aan om de ombudsman financiële diensten (Kifid) binnen de geheimhoudingsschil van AFM en DNB te brengen. De ombudsman financiële diensten dient daartoe een publiekrechtelijke status te krijgen. Hierdoor kan een effectievere informatie-uitwisseling tot stand komen tussen de toezichthouders en de ombudsman en kunnen prudentiële of gedragsrisico’s in een vroeg stadium worden onderkend en gezamenlijk worden aangepakt.”<sup>102</sup>*

In september 2010 heeft de Tweede Kamer een motie tot overneming van het pakket aanbevelingen<sup>103</sup> met algemene stemmen aangenomen en bij brief van 8 oktober 2010 het kabinet gevraagd een reactie te geven op het rapport. In antwoord daarop laat het kabinet op 22 december 2010 aan de Tweede Kamer weten de aanbevelingen van de Commissie-De Wit in de kern te onderschrijven.<sup>104</sup> Ten aanzien van aanbeveling 21 merkt het kabinet echter het volgende op:

*“Het omvormen van het Kifid tot een zelfstandig bestuursorgaan is een drastische maatregel. Er staan ook andere instrumenten ter beschikking om de door de commissie genoemde aandachtspunten te adresseren, zoals aanpassingen door Kifid zelf ten aanzien van de governance en het stellen van nadere regels. Het kabinet bekijkt op dit moment op welke wijze het functioneren van Kifid kan worden verbeterd, waaronder het verder verbeteren van de informatie-uitwisseling van Kifid aan de toezichthouders en het aanpassen van de governancestructuur. Hiertoe wordt overleg gevoerd met Kifid, DNB en de AFM. Indien nodig, zullen de eisen die in de regelgeving worden gesteld voor de erkenning van geschilleninstanties in de zin van de Wft worden aangescherpt.”<sup>105</sup>*

Op 7 maart 2011 heeft er een notaoverleg plaatsgevonden over deze kabinetsreactie. Tijdens dit overleg is ook bovengenoemde aanbeveling 21 onderwerp van gesprek geweest. Ter zake van deze aanbeveling en de vraag die tijdens dit overleg aan de orde is of de ombudsfunctie van de Ombudsman Financiële Dienstverlening een functie is die uit de governancestructuur van Kifid getild kan worden teneinde deze publiekrechtelijk te maken, merkt de Minister van Financiën op dat het pu-

100. Kamerstukken II 2009/10, 31980, 4, p. 29.

101. Kamerstukken II 2009/10, 31980, 4.

102. Kamerstukken II 2009/10, 31980, 4, p. 22.

103. Kamerstukken II 2009/10, 31980, 13.

104. Kamerstukken II 2009/10, 31980, 16, p. 3.

105. Kamerstukken II 2009/10, 31980, 16, p. 23-24.

blikrechtelijk maken van een geschillenbeslechter buiten de rechter om volgens zijn juristen in strijd met de Grondwet is.<sup>106</sup> Bij brief van 15 maart 2011 aan de Tweede Kamer zegt de Minister van Financiën evenwel toe de mogelijkheden om de Ombudsman Financiële Dienstverlening een publiekrechtelijke status te geven te zullen gaan onderzoeken en daarbij tevens te bezien wat de rol van de Ombudsman dan zou moeten zijn.<sup>107</sup>

In afwachting van de uitkomsten van dit onderzoek ontstaat er eind mei 2011 nieuwe politieke onrust over de positie van Kifid in het algemeen en die van de Ombudsman Financiële Dienstverlening in het bijzonder. Aanleiding is dit keer een aantal berichten in *Het Financieele Dagblad*.<sup>108</sup> Enkele Kamerleden zien in de berichten een aanwijzing dat Kifid en de Ombudsman niet onafhankelijk (kunnen) werken en vragen om die reden tijdens een mondeling vragen uur aan de minister haast te maken met maatregelen teneinde de onafhankelijke positie van Kifid in het algemeen en de Ombudsman Financiële Dienstverlening in het bijzonder te borgen.<sup>109</sup> In antwoord daarop laat de minister het volgende aan de Tweede Kamer weten:

*“Ik ben niet alleen vanwege de recente berichtgeving, maar ook vanwege het eerder met de Kamer gewisselde, absoluut met de Kamer eens dat de ombudsman voor de volle 100% een onafhankelijke borging moet krijgen en dat die voor de volle 100% zijn taak onafhankelijk moet kunnen uitvoeren. Ik heb een brief voor het zomerreces toegezegd. Wij liggen ook op koers. Ik verwacht nog steeds die brief voor het zomerreces te kunnen schrijven. Ik kan alvast een tipje van de sluier oplichten.*

*Op dit moment zijn wij aan twee verschillende, mogelijke scenario's een technische uitwerking aan het geven. Doel is om de financiële ombudsman een onafhankelijke taakuitoefeningspositie te geven en die te borgen. Het gaat daarbij ook om wettelijke maatregelen. Het ene scenario loopt via de erkenningsvereiste in de Wft, de Wet financieel toezicht. Ik zal een groot aantal voorwaarden aanscherpen om ervoor te zorgen dat de ombudsman onafhankelijk zijn werk kan doen, met een volledig onafhankelijk bestuur. Dat is nu anders geregeld. Bestuursleden mogen dan bijvoorbeeld niet werkzaam zijn in de financiële sector of daar het afgelopen jaar in hebben gewerkt. Instemming met benoeming van bestuursleden vindt plaats door mij als minister van Financiën. Dat is nu ook niet geregeld. Bij toetsing van de geschiktheid van potentiële bestuurders kan mogelijk de AFM via wetwijziging een rol toebedeeld worden. Er is dan ook sprake van instemming met de benoeming van de ombudsman door de minister van Financiën. Ook komen er voorwaarden voor deskundigheid en geschiktheid van geschillenbeslechtsers. Het gaat niet alleen om de bestuurders, maar echt om de geschillenbeslechtsers. In de regelgeving moet een aantal duidelijke voorwaarden opgenomen worden over deskundigheid en geschiktheid. Er komen ook voorwaarden voor een adequate financiering. Daarmee bedoel ik dat instellingen*

106. Kamerstukken II 2010/11, 31980, 18, p. 55.

107. Kamerstukken II 2010/11, 31980, 38, p. 8.

108. Zie: 'Financieel klachtenloket wimpelt veel klagers af', *Het Financieele Dagblad* 21 april 2011; 'Banken hinderen Ombudsman', *Het Financieele Dagblad* 30 mei 2011; 'Betalers bepaalt bij Kifid', *Het Financieele Dagblad* 30 mei 2011 en 'Financiële Ombudsman is nu papieren tijger', *Het Financieele Dagblad* 31 mei 2011.

109. *Handelingen II* 2010/11, 87.

*niet via het kanaal van de financiering kunnen zorgen voor een soort indirecte druk op de ombudsman. Die moet volledig onafhankelijk blijven. In een tweede scenario komt het qua onafhankelijkheid ongeveer op hetzelfde neer. De ombudsman zou dan een RWT, een rechtspersoon met een wettelijke taak, omvatten. Dat heeft wat nadelen omdat de overheid dan waarschijnlijk moet mee financieren. Wij kunnen waarschijnlijk de financiering niet bij de financiële sector leggen. Een en ander staat natuurlijk haaks op de compacte overheid. Dat is wat ingewikkeld. Waarschijnlijk is de onafhankelijkheid van de ombudsman in beide scenario's geborgd. Dat zijn wij nu aan het onderzoeken.”<sup>110</sup>*

In overeenstemming met zijn toezegging heeft de Minister van Financiën in de zomer van 2011 de uitkomsten van zijn onderzoek naar een mogelijke publiekrechtelijke status van Kifid geopenbaard. In zijn brief van 30 juni 2011 aan de Tweede Kamer<sup>111</sup> schrijft hij in het kader van zijn verkenning drie opties nader te hebben onderzocht. Het uitgangspunt bij deze opties is dat de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep volledig onafhankelijk hun taak uit moeten kunnen oefenen. De eerste optie is dat Kifid een private stichting blijft, waarbij echter aanpassingen worden gedaan om de onafhankelijkheid van het bestuur te borgen. De tweede optie bestaat uit een private vormgeving met een aantal publiekrechtelijke waarborgen met betrekking tot de onafhankelijkheid van het bestuur en adequate financiering. De derde optie is een volledige publiekrechtelijke vormgeving. De minister stelt de verschillende opties te hebben beoordeeld aan de hand van de volgende criteria:

- onafhankelijke geschillenbeslechting: onafhankelijk van zowel sector als politiek;
- concentratie geschillenbeslechting: het tegengaan van versnippering;
- doelmatigheid: laagdrempelige adequate geschillenbeslechting;
- transparantie: transparant over functioneren en een goede informatie-uitwisseling met toezichthouders;
- borging belangen van de consument;
- financiering: uitgangspunt is dat de sector zo veel mogelijk zelf financiert;
- termijn waarop veranderingen kunnen worden doorgevoerd;
- administratieve lasten en passend in overheidsbeleid.<sup>112</sup>

Na afweging van de verschillende voor- en nadelen komt de minister – waarschijnlijk mede op basis van een eerder verschenen advies van Van Delden<sup>113</sup> – tot de conclusie dat hij voornemens is om in te zetten op de private vormgeving met een aantal publiekrechtelijke waarborgen.

De minister zegt hierover:

*“Deze keuze is gebaseerd op het feit dat dit scenario het snelst vruchten kan afwerpen, niet op gespannen voet staat met het streven van een compacte rijksoverheid en met*

110. *Handelingen II* 2010/11, 87, item 2, p. 2.

111. *Kamerstukken II* 2010/11, 31980, 52.

112. *Kamerstukken II* 2010/11, 31980, 52, p. 3.

113. A.H. van Delden, 'Advies Kifid procedures en governance', 29 november 2010, [www.kifid.nl/fileupload/Van\\_Delden\\_Advies\\_Kifid\\_29-11\\_definitieve\\_versie.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/Van_Delden_Advies_Kifid_29-11_definitieve_versie.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

*significant minder administratieve lasten gepaard gaat, terwijl tegelijkertijd de onafhankelijkheid op even adequate wijze als bij de publiekrechtelijke variant wordt gewaarborgd, onder meer door mijn vergaande bevoegdheden ten aanzien van benoeming van bestuursleden, de Ombudsman en goedkeuring van de begroting. Het tegengaan van versnippering van de plaatsen van geschillenbeslechting kan weliswaar in het publiekrechtelijke scenario beter worden geborgd (taak kan in zijn geheel aan één instantie worden toegewezen), maar dit nadeel van de private vormgeving vind ik niet opwegen tegen de voordelen.”<sup>114</sup>*

De Minister schetst in zijn brief een scenario waarbij:

- van het bestuur van Kifid zal worden verlangd dat de statuten van Kifid op zodanige wijze worden aangepast dat er een evenwichtige samenstelling dient te zijn van het bestuur (neergelegd in een profielschets), waarbij bestuursleden niet werkzaam mogen zijn, of in de drie voorafgaande jaren zijn geweest, bij financiële ondernemingen of hun brancheorganisatie;
- bovendien in de statuten zal worden geregeld dat deze niet kunnen worden aangepast zonder toestemming van de Minister van Financiën;
- bestaande benoemingsrechten van de brancheverenigingen zullen worden afgeschaft;
- Kifid voortaan goedkeuring van de Minister van Financiën dient te hebben voor de samenstelling van de profielschets en de benoeming van de voorzitter van het bestuur;
- Kifid voortaan de Minister van Financiën zal moeten raadplegen bij de benoeming van de Ombudsman;
- de in de erkenningsvereisten opgenomen bepalingen ten aanzien van de onafhankelijkheid van het bestuur en de deskundigheid van diegenen die de geschillen behandelen worden aangepast; en
- de begroting van Kifid voortaan goedkeuring behoeft van de Minister van Financiën.<sup>115</sup>

In het voorwoord van het in juli 2011 verschenen jaarverslag over 2010 schrijft Kifid over bovenstaande ontwikkelingen:

*“Het afgelopen jaar stond – in ieder geval in de media – in het teken van twee zaken: Kifid zou niet onafhankelijk genoeg zijn en onvoldoende financiële middelen hebben om de zaken zorgvuldig af te handelen. De feiten zijn anders en daarom herhalen wij hieronder ons weerwoord op beide ‘beschuldigingen’.*

#### *Onafhankelijkheid*

*De kritiek spitst zich toe op de organisatorische en financiële invloed van de branche bij Kifid. De uitvoering van de klachtenbehandelingen zou worden gekneveld door de belangenorganisaties van financiële dienstverleners. De achterliggende vrees is: ‘wie betaalt, bepaalt’. Alle betrokken partijen verenigd in Kifid zijn zich vanaf 2007 zeer bewust van deze paradox. Echter, in de organisatorische constructie en de werkwijze van Kifid staat de onafhankelijkheid van de Ombudsman Financiële*

114. Kamerstukken II 2010/11, 31980, 52, p. 8.

115. Kamerstukken II 2010/11, 31980, 52, p. 3 e.v.

Dienstverlening en die van de leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep buiten iedere twijfel. Samen zorgen zij voor een optimaal afgewogen rechtsbescherming van de consument. De uitspraken van de Commissies worden – geanonimiseerd – gepubliceerd en liggen onder het vergrootglas van de media. Het bestuur hecht grote waarde aan laagdrempelige, deskundige en zorgvuldige afhandeling van klachten van consumenten. Dat is immers de bestaansgrond van Kifid.

#### *Lerende organisatie*

Kifid is een lerende organisatie die zich voortdurend wil verbeteren en vernieuwen in de uitvoering van haar taak. Voorop daarin staat de gelijke behandeling van iedere klacht. Natuurlijk kan de afhandeling van klachten altijd beter en daarop ziet het bestuur ook toe, maar van beïnvloeding van de behandeling van klachten door bestuur en directie is nooit sprake geweest. De Ombudsman Financiële Dienstverlening, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep zouden dat zeker niet hebben aanvaard. Daar komt bij dat de directie uitsluitend verantwoordelijk is voor de beleidsvoorbereiding en de bedrijfsvoering; zij heeft geen bevoegdheid over de inhoud van de uitspraken. Het bestuur heeft alle aandacht voor het behoorlijk functioneren van het bureau. Daar moet immers het meeste werk gebeuren en zonder een goed bureau kunnen Ombudsman en Geschillencommissie hun taak niet vervullen.

Om niettemin iedere schijn van belangenverstrengeling te vermijden, voert Kifid op deze punten verbeteringen door. Op verzoek van het bestuur heeft mr. Van Delden vorig jaar advies uitgebracht over mogelijke verbeteringen in de procedures en de ‘governance’ van Kifid. Een dergelijke evaluatie was al voorzien bij de oprichting van Kifid in 2007. Mr. Van Delden is de voormalige voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak en daarmee bij uitstek deskundig en onafhankelijk. Het bestuur heeft zijn aanbevelingen overgenomen en is bezig deze te implementeren. Dit zal de afwikkeling van klachten verbeteren en versnellen.

Een van de aanbevelingen is dat het voor de maatschappelijke acceptatie van het Instituut en het consumentenvertrouwen de voorkeur verdient vertegenwoordigers van de brancheorganisaties geen deel meer te laten uitmaken van het bestuur. De bestuursleden van vrijwel alle brancheorganisaties hebben in de bestuursvergadering van maart 2011 hun zetel ter beschikking gesteld. Op basis van een al in gang gezette statutenwijziging komt er, nog in 2011, een onafhankelijk bestuur.<sup>116</sup>

In aansluiting daarop schrijft de voorzitter van het bestuur van Kifid – A. Hammerstein – op 29 september 2011 het volgende aan de minister:

“Naar aanleiding van uw brief van 30 juni jl. aan de voorzitter van de Tweede Kamer hebben wij ons nader beraden over de governance van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid).

Wij onderschrijven uiteraard dat de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van Kifid boven iedere twijfel verheven dienen te zijn. Wij hebben daarom actie ondernomen om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van Kifid nog beter te borgen. Middels deze brief brengen wij u graag op de hoogte van de wijzigingen die wij inmiddels zelf hebben doorgevoerd in onze organisatie.

...

116. Jaarverslag Kifid 2010, p. 4-5, [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl).

**Statutenwijziging en onafhankelijke financiering**

Uit de bijgevoegde gewijzigde statuten (bijlage 1) en het nieuwe kostenreglement (bijlage 2) kunt u opmaken dat de door u wenselijk geachte wijzigingen volledig zijn doorgevoerd. Hieronder zijn de belangrijkste wijzigingen in de nieuwe statuten weergegeven:

**1. Zorgvuldige en efficiënte klachtenafhandeling**

Deze aanpassingen gaan gepaard met vernieuwingen in de dagelijkse leiding en uitvoering. Zij bewerkstelligen dat de klachtenbehandeling en geschillenbeslechting volledig worden afgestemd op de zorgvuldigheid en de efficiëncy met het oog op de consumentvriendelijkheid van Kifid. Een deel van die maatregelen, zoals weergegeven in het bijgevoegde plan van aanpak (bijlage 3), zijn in de afgelopen weken al geëffectueerd en/of krijgen voor 1 januari 2012 vrijwel geheel hun beslag.

**2. Invloed van de financiële sector uitgesloten**

De vertegenwoordigers van de brancheverenigingen treden uit het bestuur van Kifid en de financiële sector mag niet langer bestuursleden aanwijzen. Bovendien mogen de bestuursleden niet langer werkzaam zijn, of in de drie voorafgaande jaren werkzaam zijn geweest, bij financiële ondernemingen of hun brancheorganisaties. De benoemingen komen tot stand met uw goedkeuring en wat betreft de Ombudsman met eventuele raadpleging van de Tweede Kamer. Daarnaast kunt u desgewenst een waarnemer naar de bestuursvergaderingen van Kifid sturen.

**3. Financiële onafhankelijkheid**

De onafhankelijke besluitvorming en een ministeriële goedkeuring van de begroting van Kifid waarborgen dat de financiering niet langer bepaald wordt door de sector. Het klachteninstituut bepaalt voortaan zelf welke bijdragen jaarlijks door de aangesloten financiële dienstverleners moeten worden betaald. Als criterium geldt daarbij dat het budget een adequate, zorgvuldige behandeling van het aantal te verwachten klachten mogelijk maakt. In de komende maanden wordt daarvan een evaluatie gemaakt, waarover wij u afzonderlijk zullen rapporteren.

**4. Bevoegdheden minister van Financiën**

In de nieuwe structuur komt Kifid direct onder uw toezicht te staan. De belangrijkste vernieuwingsmaatregelen zijn dat uw instemming nodig is voor de benoeming van alle bestuursleden en de Ombudsman. Dit geldt eveneens voor de vaststelling van de begroting en de aanpassing van de statuten.

**5. Positie Ombudsman**

De Ombudsman vervult in de nieuwe structuur een centrale positie; niet in de laatste plaats in de communicatie naar het publiek. Om consumenten snel en goed van dienst te zijn beoordeelt hij allereerst of de ingediende klacht terecht is en, zo ja, bemiddelt hij – waar mogelijk – in voorliggende zaken. Op deze wijze weet de consument meteen waar hij of zij aan toe is. De gehele route van geschillenbeslechting binnen Kifid is doorgelicht en op punten verbeterd. De rol van de Ombudsman is versterkt; de bestaande waarborgen, in de vorm van laagdrempelige toegang tot de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep, zijn daarbij behouden.

### **6. Informatiedeling toezichhouders**

*De nieuwe structuur wordt eveneens transparanter op het vlak van de informatiedeling met de toezichhouders. Het doel hiervan is om het functioneren van Kifid beter inzichtelijk te maken voor de toezichhouders en om mogelijke misstanden in de markt tijdiger en effectiever te signaleren.*

#### **Conclusie**

*Wij nemen in onze onafhankelijke en laagdrempelige klachtenbehandeling het belang van de consument uitermate serieus. De geschillenbeslechte van Kifid en hun ondersteuning zijn zich ervan bewust dat de consument in de complexe financiële dienstverlening een kwetsbare positie inneemt.*

*Vanuit deze benadering onderschrijven wij uw voorkeur om te kiezen voor optie I in uw vorenvermelde brief. Met andere woorden voor continuering van de private vormgeving van het instituut met aan aantal publiekrechtelijke waarborgen onder de door u geformuleerde condities. Dit betekent dat de governance is aangepast om de onafhankelijkheid van de geschillenbeslechting zichtbaar te borgen en de organisatie mede onder toezicht van de overheid te brengen.”<sup>117</sup>*

Over de hiervoor geschetste ontwikkelingen zijn enkele beschouwende opmerkingen te maken. Zoals hiervoor is gebleken merkten de juristen van de Minister van Financiën op dat het publiekrechtelijk maken van een geschillenbeslechter buiten de rechter om in strijd met de Grondwet is. De minister geeft echter niet aan op welke bepaling uit de Grondwet zijn juristen doelen. Ik heb het vermoeden dat zijn juristen doelen op artikel 112 lid 1 Grondwet. In voornoemd artikel is bepaald dat de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen is opgedragen aan de rechterlijke macht. Kifid behoort niet tot de rechterlijke macht, zoveel staat thans vast. Daar komt bij dat artikel 17 Grondwet bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. De wet wijst de gerechten aan die behoren tot de rechterlijke macht, zo bepaalt artikel 116 lid 1 Grondwet. Verder bepaalt het tweede lid van voornoemd artikel dat de wet de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht regelt.

De Grondwet sluit evenwel niet uit dat de minister bij wet bepaalt dat de geschillenbeslechtende organen van Kifid hebben te gelden als onderdeel van de rechterlijke macht.

Verder dient nog te worden opgemerkt dat geschillenbeslechte zich niet altijd en soms in het geheel niet bezighouden met rechtspraak, maar zich enkel bezighouden met bemiddeling of mediation. Voor dergelijke vormen van geschillenbeslechting staat de Grondwet er niet aan in de weg deze te laten plaatsvinden in een meer publiekrechtelijke setting. Ook de in het vorige hoofdstuk genoemde Richtlijnen 2002/65/EG, 2002/92/EG en Richtlijn 2004/39/EG staan daar niet aan in de weg, getuige het feit dat in voornoemde richtlijnen nadrukkelijk wordt gesproken over openbare en particuliere instanties voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting.

117. Brief van A. Hammerstein aan de Minister van Financiën, [www.kifid.nl/fileupload/brief\\_aan\\_minister\\_van\\_financien.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/brief_aan_minister_van_financien.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.



### 3.6 Statutenwijziging per 30 september 2011

De statutenwijziging waarover in de in de vorige paragraaf besproken brief van Hammerstein wordt gerept is doorgevoerd per 30 september 2011. Nadere bestudering van de per 30 september 2011 in werking getreden statuten (hierna te noemen: statuten (versie 30 september 2011)) leert dat Kifid de meeste van de door de minister wenselijk geachte wijzigingen volledig heeft doorgevoerd, en soms nog verder is gegaan dan werd vereist.

Zo bepaalt artikel 5.2 van de statuten (versie 30 september 2011) dat bestuurders van Kifid voortaan worden benoemd door het bestuur. De in paragraaf 3.3 besproken benoemingsrechten van de brancheverenigingen zijn hierdoor komen te vervallen. Artikel 5.3 van de statuten (versie 30 september 2011) schrijft een aantal procedureregels voor ten aanzien van de benoeming van bestuursleden. Zo dient het bestuur een profielschets voor zijn omvang en samenstelling op te stellen, waarbij rekening moet worden gehouden met de aard van de stichting, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de bestuurders. Voorts dient het bestuur bij de vaststelling van deze profielschets en bij iedere wijziging daarvan de brancheorganisaties en consumentenorganisaties te raadplegen. De vaststelling en iedere wijziging van de profielschets behoeft de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de minister en bij een verzoek daartoe dient het verslag van bovengenoemde raadpleging te worden gevoegd. De profielschets dient te worden opgenomen in het jaarverslag van de stichting en periodiek te worden geëvalueerd door het bestuur, de brancheorganisaties, de consumentenorganisaties en de minister, maar in ieder geval wanneer een vacature vervuld dient te worden.<sup>118</sup>

Gezien artikel 5.1 van de statuten (versie 30 september 2011) bestaat het bestuur voortaan uit een door het bestuur vast te stellen oneven aantal van drie of vijf natuurlijke personen. Krachtens artikel 5.6 van de statuten (versie 30 september 2011) dient het bestuur uit zijn midden ‘een vice-voorzitter, een secretaris en een penningmeester’ aan te wijzen, waarbij het wel zo is dat verschillende functies in één persoon kunnen zijn verenigd.<sup>119</sup> Het bestuursmodel met een algemeen en een dagelijks bestuur is derhalve verlaten.

Artikel 5.4 van de statuten (versie 30 september 2011) bepaalt dat de (her)benoeming van iedere bestuurder de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de minister behoeft. Met deze bepaling zijn de opstellers van de statuten (versie 30 september 2011) vooruitgelopen op de inwerkingtreding van het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 op 1 januari 2013, dat in het volgende hoofdstuk zal worden besproken.<sup>120</sup> In dit besluit zijn de nieuwe door de minister in zijn brief van 30 juni 2011 aangekondigde aangescherpte erkenningsvoorwaarden opgenomen. Over deze nieuwe erkenningseisen zegt de minister in de nota van toelichting bij het genoemde besluit het volgende:

*“Mede naar aanleiding van het rapport Verloren krediet van Commissie de Wit is nagegaan op welke wijze het functioneren van de erkende geschilleninstanties verder kon worden verbeterd, waaronder het verder verbeteren van de informatie-uitwisseling*

118. Zo schrijft artikel 5.3 van de statuten (versie 30 september 2011) voor.

119. Over aanwijzing van een voorzitter wordt in de statuten (versie 30 september 2011) niets opgemerkt.

120. Stb. 2012, 695, p. 108.

van de erkende geschilleninstanties met de toezichthouders en het aanpassen van de governancestructuur. Als gevolg hiervan zijn de eisen waaraan voldaan moet worden om voor erkenning als geschilleninstantie in de zin van de wet in aanmerking te komen aangescherpt. Er zijn aanvullende eisen voorgeschreven ten aanzien van governance, informatie-uitwisseling, deskundigheid en representatie.

De onafhankelijkheid van erkende geschilleninstanties dient geborgd te zijn. Dit geldt in het bijzonder voor de organen die de geschillen behandelen. De onafhankelijkheid dient ten opzichte van de financiële sector geborgd te zijn. Daarom worden voorwaarden gesteld aan de onafhankelijkheid van het bestuur en de onafhankelijkheid van de organen die de geschillen behandelen. Een externe geschilleninstantie dient tevens onafhankelijk te operen [sic] van de overheid. Daarom past terughoudendheid bij het aanvaarden en uitoefenen van bevoegdheden van de minister in het kader van geschilleninstanties. De minister van Financiën heeft echter ook een verantwoordelijkheid voor het functioneren van geschilleninstanties, omdat de minister beslist over de erkenning van geschilleninstanties in de financiële sector. Daarom heeft de minister een verantwoordelijkheid ten aanzien van het doorlopend toezicht op het functioneren van de geschilleninstanties. Dit doorlopend toezicht werd voorheen reeds uitgeoefend, zo dienden de geschilleninstanties al jaarlijks te rapporteren aan de minister. De bevoegdheden die in het besluit geïntroduceerd zijn stellen de minister in staat om adequaat invulling te geven aan zijn verantwoordelijkheid, zonder af te doen aan de inhoudelijke onafhankelijkheid van de geschilleninstanties. (...)

De eisen die worden gesteld aan geschilleninstanties willen zij in aanmerking komen voor erkenning in de zin van artikel 4:17, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de wet zijn aangescherpt. Het doel van deze maatregelen is de kwaliteit van buitengerechterlijke financiële geschillenbeslechting beter te borgen en versnippering van buitengerechterlijke financiële geschillenbeslechting zoveel mogelijk te beperken. Daarom bestaat de discretionaire bevoegdheid van de minister om dit nadrukkelijk mee te wegen bij de behandeling van een nieuwe aanvraag tot erkenning. Voor een geschilleninstantie voor zorgverzekeraars wordt uit de aard van haar mandaat een uitzondering gemaakt ten aanzien van de eis voor een voldoende diverse groep aangesloten financiële ondernemingen. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om hoofdstuk 7 van het Bgfo in zijn geheel opnieuw vast te stellen. Dit om de leesbaarheid van beide paragrafen te vergroten en de volgorde van de bepalingen op een meer logische wijze weer te geven.”<sup>121</sup>

Artikel 5.5 van de statuten (versie 30 september 2011) bepaalt dat de volgende personen geen bestuurder van de stichting mogen zijn:

“a. personen die werkzaam zijn dan wel gedurende drie jaren voorafgaande aan de aanvaarding van hun functie niet in dienst zijn geweest van, of op vergelijkbare wijze werkzaam zijn geweest voor, of enige functie bekleed hebben bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen, of van, voor, onderscheidenlijk bij een Financiële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan de stichting kunnen worden voorgelegd, dan wel bij diens Brancheorganisatie, alsmede hun partner en bloed- en aanverwanten tot en met de tweede graad;

121. Stb. 2012, 695, p. 36-37.

*b. personen die deel uitmaken van een van de overige Organen, alsmede hun partner en bloed- en aanverwanten tot en met de tweede graad.”*

Op dit punt hebben de opstellers van de statuten dus ruimschoots voldaan aan de wensen van de minister. Overigens komt bovengenoemde eis ten aanzien van ‘*bloed- en aanverwanten tot en met de tweede graad*’ enigszins overtrokken over. Dit zou namelijk kunnen betekenen dat een bestuurder van Kifid bijvoorbeeld zou moeten aftreden indien een van zijn kleinkinderen (in het geval hij die heeft) als junior medewerker in dienst treedt bij ABN AMRO of Achmea.

Gezien het door de minister aangegeven scenario van private vormgeving met een aantal publiekrechtelijke waarborgen is het niet verrassend dat de in de statuten opgenomen procedure omtrent de benoeming van de Ombudsman is aangepast. Per 30 september 2011 is in artikel 20.4 van de statuten opgenomen dat de Ombudsman wordt benoemd door het bestuur, na voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de minister en na raadpleging van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Naast de hierboven besproken wijzigingen heeft er ook een aantal andere wijzigingen plaatsgevonden die relevant zijn voor de opzet en inrichting van Kifid. Zo is in artikel 19 van de statuten (versie 30 september 2011) een nieuwe, meer algemene, bepaling opgenomen waarin wordt bepaald dat het bestuur bevoegd is commissies in te stellen, die onder verantwoordelijkheid van het bestuur een specifieke taak ten aanzien van de stichting hebben. In voornoemd artikel is voorts vastgelegd dat de stichting naast de Ombudsman in ieder geval een Geschillencommissie, een Commissie van Beroep, een remuneratiecommissie en een auditcommissie kent. Artikel 24 van de statuten (versie 30 september 2011) bevat regels omtrent de taak en benoemingswijze van de remuneratiecommissie. Zoals blijkt uit artikel 24 lid 1 heeft deze commissie tot taak:

*“a. het doen van een voorstel aan het Bestuur betreffende het te voeren bezoldigingsbeleid van de stichting;*

*b. het vaststellen van de beloning van de individuele bestuurders en het doen van een voorstel aan het Bestuur inzake de beloning van de overige leden van de Organen. Voor de bestuurders en de overige leden van de Organen zal een zodanige beloning qua hoogte en structuur worden vastgesteld respectievelijk voorgesteld dat gekwalificeerde en deskundige leden voor de Organen kunnen worden aangetrokken en behouden. Als uitgangspunt zal hierbij de marktontwikkeling van gelijkwaardige en gelijksoortige organisaties als startpunt worden genomen, eventueel gecorrigeerd met andere maatschappelijke ontwikkelingen;*

*c. het opmaken van het remuneratierapport. Dit rapport bevat een verslag van de wijze waarop het beloningsbeleid in het afgelopen jaar in de praktijk is gebracht en bevat tevens een overzicht van het beloningsbeleid dat het komende boekjaar en de daarop volgende jaren wordt voorzien. Het remuneratierapport wordt ter beschikking gesteld aan de Minister, de Brancheorganisaties en de Consumentenorganisaties.”*

Gezien het eerste lid van artikel 25 van de statuten (versie 30 september 2011) houdt de auditcommissie:

*a. toezicht en (al dan niet voorafgaande) controle op, en het adviseren van het Bestuur omtrent de werking van de interne risicobeheersings- en controlesys-*

- temen, waaronder het toezicht op de naleving van de relevante wet- en regelgeving en toezicht op de werking van gedragscodes;
- b. toezicht op de financiële informatieverschaffing door de stichting;
  - c. toezicht op de naleving van aanbevelingen en opvolging van opmerkingen van externe accountants;
  - d. toezicht op de financiering van de stichting; en
  - e. onderhoudt zij regelmatige contacten met en houdt zij toezicht op de relatie met de externe accountant.

De leden van de beide commissies oefenen hun functie onafhankelijk en naar eigen inzicht uit en zij aanvaarden geen instructies van wie dan ook over de uitoefening van hun functie, zo is bepaald in artikel 24.3 respectievelijk 25.4 van de statuten (versie 30 september 2011).

Voorts bepaalt artikel 18 van de statuten (versie 30 september 2011) dat de stichting een bureau kent dat is belast met de (dagelijkse) voorbereiding en uitvoering van de besluiten van het bestuur alsmede met de ondersteuning van de werkzaamheden van de (substituut-)Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep, en dat de leiding van dat bureau is opgedragen aan een directeur.<sup>122</sup> Ook de taken, bevoegdheden en benoemingswijze van deze directeur zijn vastgelegd in artikel 18 van de statuten (versie 30 september 2011).

Nieuw is dat de minister het recht heeft gekregen een waarnemer alsmede een plaatsvervangend waarnemer te benoemen. Deze waarnemer is bevoegd de vergaderingen van het Bestuur bij te wonen, daarin het woord te voeren en een adviseerende stem uit te brengen en zal daartoe alle voor de bestuurders bestemde stukken ontvangen, zo is bepaald in artikel 13.2 van de statuten (versie 30 september 2011). De bij de statutenwijziging van 15 maart 2007 in het leven geroepen en in paragraaf 3.3 besproken benoemingscommissie blijkt – waarschijnlijk onder invloed van de doorgevoerde wijzigingen met betrekking tot de benoeming van de Ombudsman – bij deze wijziging weer uit de statuten te zijn geschrapt, zo ook de doelstelling om op verzoek van een aangesloten brancheorganisatie en/of beroepsorganisatie een tuchtfunctie in werking te doen treden. Kennelijk blijft de rol van Kifid vooralsnog beperkt tot het verlenen van secretariële ondersteuning aan de Tuchtraad Assurantiën. Wellicht dat deze keuze is ingegeven door de reeds in paragraaf 3.3 genoemde vrees voor misverstanden. De keuze om de statutaire doelstelling toch weer in te perken kan ook zijn ingegeven door twee andere – overigens reeds door Hendrikse en Rinkes in hun preadvies – gesignaleerde redenen.<sup>123</sup> Beide preadviseurs wezen namelijk al op het feit dat tuchtrecht meer een zaak is voor de branche zelf dan voor een klachteninstituut voor consumentenklachten. Als tweede argument voerden zij – kort gezegd – ook terecht aan dat tuchtrechtprocedures open moeten staan voor alle afnemers van financiële producten (Consument of niet) en om die reden niet thuishoren bij een instituut dat zich vooralsnog beperkt tot de afwikkeling van consumentklachten. Op 14 maart 2014 maakte het kabinet overigens bekend met een wetswijziging te komen ter ondersteuning van het initiatief

122. Artikel 18.1 van de statuten (versie 30 september 2011).

123. Hendrikse & Rinkes 2006, p. 138.

van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB)<sup>124</sup> om te komen tot gedragsregels met tuchtrecht voor bankmedewerkers.<sup>125</sup>

Hoewel deze wijziging niet (direct) relevant is voor de opzet en inrichting van Kifid en derhalve in dit hoofdstuk eigenlijk geen bespreking behoeft, valt ten slotte nog op te merken dat de statuten van Kifid in overeenstemming met de wens van de minister per 30 september 2011 bepalen dat de begroting, voordat deze kan worden vastgesteld, de voorafgaande schriftelijke goedkeuring behoeft van de minister.<sup>126</sup>

### 3.7 De opzet en inrichting per 12 december 2014

In het najaar van 2014 heeft Kifid zijn vierde statutenwijziging in acht jaar tijd doorgevoerd. Sedert deze statutenwijziging heeft Kifid — anders dan voorheen — niet meer enkel ten doel consumentklachten te behandelen, zo blijkt uit artikel 1 en 3.1 onderdeel a van de nieuwe statuten (hierna te noemen: statuten (versie 12 december 2014)). Gezien voornoemd artikel 3.1 onderdeel a, heeft de Stichting thans (mede) ten doel:

*“a. het in stand houden van een door de Minister erkend bemiddelingsorgaan en (bindend) adviescollege bij Klachten met betrekking tot het leveren van Financiële diensten, zoals gedefinieerd in de Wet op het financieel toezicht; (...).”*

Anders dan voorheen wordt een ‘Klacht’ in artikel 1 van de statuten (versie 12 december 2014) thans als volgt gedefinieerd:

*“(...) elk[e] blijk van onvrede tussen een consument of cliënt en een of meer Aangeslotene(n), als omschreven in het reglement van de Ombudsman, Geschillencommissie of Commissie van Beroep; (...).”<sup>127</sup>*

Deze wijziging in de statuten maakt mogelijk dat Kifid sinds 26 januari 2015 tijdelijk ook klachten van mkb-ondernemers over rentederivaten behandelt.<sup>128</sup>

124. [www.nvb.nl/nieuws/2013/1978/code-banken-uitgebreid-met-eed-en-tuchtrecht.html](http://www.nvb.nl/nieuws/2013/1978/code-banken-uitgebreid-met-eed-en-tuchtrecht.html), laatst geraadpleegd op 10 september 2015. Zie ook [www.tuchtrechtbanken.nl](http://www.tuchtrechtbanken.nl).

125. [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/hervorming-financiele-sector/nieuws/2014/03/14/tuchtrecht-voor-alle-bankmedewerkers.html](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/hervorming-financiele-sector/nieuws/2014/03/14/tuchtrecht-voor-alle-bankmedewerkers.html), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

126. Artikel 28.1 statuten (versie 30 september 2011).

127. Hierbij dient te worden aangetekend dat het begrip ‘cliënt’ in de nieuwe statuten (versie 12 december 2014) niet nader wordt gedefinieerd. Overigens werd het begrip ‘Klacht’ in artikel 1 van de oude statuten (versie 30 september 2011) als volgt gedefinieerd: “elke blijk van onvrede inzake een Financiële Dienst tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n). Onder Klacht wordt tevens verstaan een Privacyklacht”.

128. [www.kifid.nl/nieuws/kifid-opent-maandag-26-januari-2015-klachtenloket-rentederivaten-mkb/103](http://www.kifid.nl/nieuws/kifid-opent-maandag-26-januari-2015-klachtenloket-rentederivaten-mkb/103), laatst geraadpleegd op 10 september 2015. Zie hieromtrent ook de brief van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 1 september 2014 over de rol van Kifid bij de herbeoordeling van rentederivaten in het mkb, FM/2014/1352 M, [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/09/01/stand-van-zaken-rentederivaten-in-het-mkb-en-verkenning-dienstverlening-mkb.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/09/01/stand-van-zaken-rentederivaten-in-het-mkb-en-verkenning-dienstverlening-mkb.html), laatst geraadpleegd op 10 september 2015. Toegang tot het tijdelijk loket rentederivaten van Kifid heeft een “natuurlijk persoon of rechtspersoon die:

a. handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf; en

b. minder dan 50 werknemers in dienst heeft; en

c. een jaaromzet of een jaarlijks balanstotaal van niet meer dan € 10 000 000 heeft, met dien verstande dat, waar relevant, bovenstaande kwalificatie geconsolideerd dient te worden bezien; dus in samenhang met andere vennootschappen of het concern waar de persoon of rechtspersoon mee is verbonden.” Zo blijkt uit artikel 1 van het Reglement Bemiddelaar en Geschillencommissie inzake geschillenbeslechting rentederivaten (Reglement rentederivaten), [www.kifid.nl/fileupload/reglementen/Reglement\\_Bemiddelaar\\_en\\_Ge](http://www.kifid.nl/fileupload/reglementen/Reglement_Bemiddelaar_en_Ge)

Een belangrijke andere reden om de statuten wederom te wijzigen is gelegen in twee Europese initiatieven, te weten de Richtlijn ADR consumenten<sup>129</sup> en de Verordening ODR consumenten,<sup>130</sup> zo blijkt ook uit het Kifid jaarverslag 2013 en nadere berichtgeving van Kifid.<sup>131</sup> Voornoemde richtlijn en verordening worden in het hiernavolgende hoofdstuk nader besproken, zo ook de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten, welke strekt tot implementatie van de Richtlijn ADR consumenten. De in verband met deze ontwikkeling samenhangende wijzigingen die in de statuten zijn aangebracht per 12 december 2014 worden in hoofdstuk 5 besproken. Een groot aantal op de opzet en inrichting van Kifid betrekking hebbende bepalingen uit de statuten is vernummerd per 12 december 2014 en sommige zijn op onderdelen aangepast, hetgeen tot de hiernavolgende stand van zaken heeft geleid wat betreft de opzet en inrichting van Kifid. In de vorige paragraaf is al kort aandacht besteed aan artikel 20 lid 4 van de statuten in verband met de benoemingsprocedure van de Ombudsman. Voornoemd artikel en de daaropvolgende artikelen 21 en 22 van de statuten (versie 12 december 2014) bevatten grondregels met betrekking tot respectievelijk de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep. In artikel 20.1, 21.1 en 22.1 is een globale taakomschrijving van respectievelijk de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep opgenomen. Uit eerstgenoemd artikel blijkt dat de Ombudsman de taak heeft te bemiddelen in klachten tegen Aangeslotenen, indien op het onderwerp van de Klacht Nederlands recht van toepassing is. *“De Geschillencommissie behandelt en beslist over Klachten tegen aangeslotenen, indien op het onderwerp van die Klacht Nederlands recht van toepassing is. Zij kan ook een minnelijke regeling tussen partijen bevorderen.”* Aldus artikel 21.1. Ten slotte blijkt uit artikel 22.1 dat Kifid een Commissie van Beroep kent, die oordeelt over beroep tegen beslissingen van de Geschillencommissie. Artikel 20.2, 21.2 en 22.2 van de statuten (versie 12 december 2014) schrijven voor dat *“de (nadere) formulering van de werkwijze en taken”* van respectievelijk de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep dient te worden vastgelegd in een door het Bestuur vast te stellen reglement. In artikel 20.3, 21.3 en 22.3 van de statuten (versie 12 december 2014) is bepaald dat respectievelijk de Ombudsman, de leden van de Geschillencommissie en de leden van de Commissie van Beroep hun functie onafhankelijk en naar eigen inzicht uitoefenen en geen instructies van wie dan ook aanvaarden over de uitoefening van hun functie. Artikel 20.4, 21.4 en 22.4 van de statuten (versie 12 december 2014) bevat de benoemingsprocedure van respectievelijk de Ombudsman, de leden van de Geschillencommissie en de leden van de Commissie van Beroep. Artikel 20.4 en 21.4 zijn ongewijzigd gebleven bij de meest recente statutenwijziging. De benoemingsprocedure van de Ombudsman en de leden van de Geschillencommissie ziet er als volgt

schillencommissie\_inzake\_Geschillenbeslechting\_Rentederivaten.pdf, laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

129. Richtlijn 2013/11/EU betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2013, L 165/63.

130. Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2013, L 165/1.

131. Jaarverslag Kifid 2013, p. 3 en 26, [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl). Zie ook het op de website van Kifid gepubliceerde nieuwsbericht van 24 september 2014: [www.kifid.nl/](http://www.kifid.nl/), onder de knop ‘Nieuws’.

uit. In de vorige paragraaf is reeds besproken dat in artikel 20.4 de bepaling is opgenomen dat de Ombudsman wordt benoemd door het Bestuur, na voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de minister en na raadpleging van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Voornoemd artikel 20.4 schrijft verder ook nog voor dat:

- de Ombudsman wordt benoemd voor een periode van vijf jaren;
- de Ombudsman onmiddellijk en éénmalig herbenoembaar is; en
- een persoon die de leeftijd van zeventig jaar heeft bereikt niet tot Ombudsman kan worden benoemd.

In artikel 21.4 van de statuten (versie 12 december 2014) zijn de hierna volgende regels opgenomen ten aanzien van de wijze van benoeming van de leden van de Geschillencommissie. De leden van de Geschillencommissie worden benoemd door het Bestuur. Voorafgaand aan de benoeming van de leden van de Geschillencommissie zal de voorzitter van de Geschillencommissie worden geraadpleegd. Het Bestuur stelt het aantal leden vast en benoemt uit hun midden een voorzitter en ten minste één vicevoorzitter. De leden van de Geschillencommissie worden benoemd voor een periode van vijf jaren. Een afgetreden lid van de Geschillencommissie kan telkens voor vijf jaren worden herbenoemd. Bij herbenoeming van de voorzitter van de Geschillencommissie is het bepaalde in artikel 13.9 van de statuten van overeenkomstige toepassing, hetgeen betekent dat een besluit tot herbenoeming slechts kan worden genomen met een gekwalificeerde meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen. Een persoon die de leeftijd van zeventig jaar heeft bereikt, kan niet tot lid van de Geschillencommissie worden (her)benoemd, met dien verstande dat het Bestuur, na raadpleging van de voorzitter van de Geschillencommissie, een lid van de Geschillencommissie voor ten hoogste één jaar kan herbenoemen nadat dit lid de zeventigjarige leeftijd heeft bereikt.

Artikel 22.4 van de statuten heeft per 12 december 2014 een kleine wijziging ondergaan. Niet is veranderd dat de leden van de Commissie van Beroep worden benoemd door het Bestuur, het Bestuur het aantal leden vaststelt en uit hun midden een voorzitter en ten minste één vicevoorzitter benoemd. Ook is niet veranderd dat de leden van de Commissie van Beroep worden benoemd voor een periode van vijf jaren en dat een afgetreden lid van de Commissie van Beroep telkens voor vijf jaren kan worden herbenoemd waarbij ook hier dient te worden aangetekend dat het bepaalde in artikel 13.9 alsdan van overeenkomstige toepassing is. Nieuw is dat een persoon die de leeftijd van tweeënzeventig jaar heeft bereikt niet tot lid van de Commissie van Beroep kan worden (her)benoemd, met dien verstande dat het Bestuur, na raadpleging van de voorzitter van de Commissie van Beroep, een lid van de Commissie van Beroep voor ten hoogste één jaar kan herbenoemen nadat dit lid de tweeënzeventigjarige leeftijd heeft bereikt. Voorheen lag die grens bij zeventig jaar.

Het eerste lid van artikel 29 van de statuten (versie 12 december 2014) bepaalt dat Kifid in ieder geval de volgende reglementen kent:

- a. het Kostenreglement;
- b. het Aansluitingsreglement Kifid;
- c. het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid);
- d. het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening;
- e. het Reglement Remuneratiecommissie;

- f. het Reglement Auditcommissie, en;
- g. het Directiereglement.

Uit artikel 1 van de statuten (versie 12 december 2014) blijkt dat in het Aansluitingsreglement Kifid de procedure voor aansluiting bij Kifid is uitgewerkt. Artikel 18.10, laatste zin, van de statuten (versie 12 december 2014) schrijft voor dat een nadere formulering van de taken en de werkwijze van het bureau van Kifid dient te worden vastgelegd in het door het Bestuur vast te stellen Directiereglement.

De eerste zin van artikel 24.4 van de statuten (versie 12 december 2014) bepaalt dat er nadere regels omtrent de Remuneratiecommissie zullen worden opgenomen in het Reglement Remuneratiecommissie. Wat in dat reglement zou moeten (komen te) staan, zeggen de statuten niet. In de tweede zin van voornoemd artikel is evenwel bepaald dat het Reglement Remuneratiecommissie wordt vastgesteld door de Minister van Financiën na overleg met de brancheorganisaties en het Bestuur. Uit de statuten blijkt ook niet wat er in het Kostenreglement zou moeten worden geregeld. Uit nadere bestudering van het Kostenreglement Kifid 2015 blijkt evenwel dat dit reglement onder meer (procedurele) bepalingen bevat omtrent de vaststelling van de (hoogte van de) jaarbijdragen van Aangeslotenen en een overschot- en tekortregeling bevat.<sup>132</sup>

De bevoegdheid tot het vaststellen van het Directiereglement, het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid), het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening en andere dan de in artikel 29.1 van de statuten (versie 12 december 2014) bedoelde reglementen ligt bij het bestuur, zo blijkt uit de statuten.<sup>133</sup> Artikel 25.5 van de statuten (versie 12 december 2014) bepaalt dat het Reglement Auditcommissie ook wordt vastgesteld door het Bestuur, maar eerst nadat de minister en de brancheorganisaties daaromtrent zijn geraadpleegd.

De verplichting dat Kifid in ieder geval ook een Reglement Remuneratiecommissie, een Reglement Auditcommissie en een Directiereglement kent, is in de statuten terug te vinden sedert 30 september 2011. Niettegenstaande deze verplichting kent Kifid pas sedert 1 juni 2012 een Reglement Auditcommissie Kifid en kent Kifid tot op heden nog steeds geen Reglement Remuneratiecommissie en geen Directiereglement.

### 3.8 Samenvatting

In dit hoofdstuk is gezien welke wijzigingen er de afgelopen jaren zijn opgetreden in de opzet en inrichting van Kifid. Dit met het oog op de centrale vraag in dit proefschrift of Kifid thans is ingericht en functioneert in overeenstemming met de voor hem geldende juridische randvoorwaarden. Gebleken is dat Kifid in acht jaar tijd vier keer een statutenwijziging heeft doorgevoerd, onder meer om de onafhankelijkheid van de geschillenbeslechting beter te borgen nadat er ophef was ontstaan over de governancestructuur van Kifid en om de organisatiestructuur aan te passen aan eisen die verband houden met twee Europese initiatieven, te weten de Richtlijn

132. Kostenreglement Kifid 2014, [www.kifid.nl/fileupload/reglementen/Kostenreglement\\_Kifid\\_2015.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/reglementen/Kostenreglement_Kifid_2015.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

133. Zie hiervoor artikel 18.10, 20.2, 21.2, 22.2 en 29.2 van de statuten (versie 12 december 2014).



ADR consumenten en de Verordening ODR consumenten en de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten, welke strekt tot implementatie van de Richtlijn buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten. Gezien voornoemde ontwikkelingen zal in het hiernavolgende hoofdstuk worden gezien welke juridische normen Kifid geacht wordt in acht te nemen op grond van het Nederlandse positief recht. Dit teneinde een antwoord te kunnen geven op de centrale vraag hoe Kifid thans functioneert in het licht van de meest belangrijke voor hem geldende juridische randvoorwaarden.



## Hoofdstuk 4

# Inzicht in het complex van de voor Kifid relevante rechtsnormen en rechtsverhoudingen

### 4.1 Inleiding

In dit boek wordt, zoals uit de inleiding blijkt, gezocht naar een antwoord op de vraag of Kifid is ingericht en functioneert in overeenstemming met de thans voor hem meest relevante juridische randvoorwaarden. De vraag welke juridische normen Kifid geacht wordt in acht te nemen op grond van het thans geldende Nederlands recht, laat zich niet eenvoudig beantwoorden. Dit, omdat de verschillende actoren bij en organen van Kifid in diverse rechtsverhoudingen tot elkaar staan. Genoemd kunnen onder meer worden de rechtsverhouding tussen de Consument en de Aangeslotene, de rechtsverhouding tussen deze procespartijen enerzijds en Kifid anderzijds, de rechtsverhouding tussen de procespartijen en de leden van de geschillenbeslechtende organen van Kifid, de rechtsverhouding tussen de leden van de geschillenbeslechtende organen van Kifid en de Stichting Kifid, de rechtsverhouding overheid-Kifid (vanwege het Besluit tot aanwijzing van Kifid als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht)<sup>134</sup> en ten slotte de onderlinge rechtsverhouding tussen de verschillende organen van Kifid. Het gaat in het kader van dit hoofdstuk erom in beeld te krijgen welke juridische normen specifiek verband houden met de taken en werkzaamheden van (de organen van) Kifid. In dat kader zal in dit hoofdstuk nader aandacht worden besteed aan deze onderlinge rechtsverhoudingen en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen. Voorts is het van belang — zo zal ook later uit dit hoofdstuk blijken — om stil te staan bij de aard van de taken en de werkzaamheden van Kifid. De werkzaamheden van Kifid kunnen worden gekwalificeerd als een alternatieve wijze van beslechting van geschillen tussen — in beginsel — consument en financiële dienstverleners, waarbij mede relevant is dat de Ombudsman en de Geschillencommissie van Kifid bevoegd zijn zich van meerdere conflictoplossingsmethoden te bedienen. Zo kan de Ombudsman indien partijen daarom verzoeken de klacht laten behandelen in de vorm van een mediation door een geregistreerd mediator die aan Kifid is verbonden. De Geschillencommissie is, gezien het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna ook wel ROGFD genoemd), bevoegd methoden te hanteren waarbij de partijen worden geholpen om tot een akkoord te komen, zonder evenwel een formeel standpunt in te nemen

134. *Stcrt.* 8 juli 2015, 19487. Ten gevolge van de inwerkingtreding op 9 juli 2015 van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (zie hierover de paragrafen 1.1 en 4.5 van dit boek) heeft de Minister van Financiën, geleid op artikel 16 lid 1 van die wet, zijn besluit van 21 december 2006 tot erkenning van Kifid als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht (zie over dit erkenningsbesluit paragraaf 2.8 van dit boek) ingetrokken en Kifid voor geschillen met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten, niet zijnde ziektekostenverzekeringen als bedoeld in onderdeel b of zorgverzekeringen als bedoeld in artikel 1 onderdeel d Zorgverzekeringswet per 9 juli 2015 aangewezen als instanties tot beslechting van geschillen als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wft.

over de wijze waarop het geschil zou kunnen worden opgelost (ook wel te betitelen als een bemiddelen) evenals ze bevoegd is zelf een oplossing te vinden, die daarna in de vorm van een (niet-)bindend advies aan de partijen wordt voorgelegd (hetgeen ook wel zou kunnen worden betiteld als rechtspraak).<sup>135</sup> Van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening wordt, gezien artikel 5 van haar reglement,<sup>136</sup> kennelijk alleen verwacht dat zij rechtsprekt en behoort bemiddeling niet tot haar taak. Gezien voornoemde werkzaamheden en gezien het feit dat Kifid te maken heeft met en niet zelden spil is in diverse rechtsverhoudingen, heeft Kifid te maken met een veelheid aan rechtsbronnen die voortkomen uit een meerlagige rechtsorde en die de ene keer in een publiekrechtelijk en andere keer in een privaatrechtelijk jasje zijn gegoten. Daar komt bij dat naleving van die normen soms wel en soms niet rechtens afdwingbaar is. Het gaat in het kader van dit hoofdstuk erom zicht te krijgen op het complex van voor Kifid relevante rechtsnormen en dan met name om de vraag welke eisen het Nederlandse positieve recht stelt aan Kifid. In dit hoofdstuk zal derhalve geen antwoord worden gegeven op de vraag wat de state of the art is ter zake van (niet-juridische) kwaliteitseisen die aan (de werkzaamheden van) Kifid zouden kunnen worden gesteld.<sup>137</sup> Daarbij dient te worden opgemerkt dat de vraag wat dient te worden verstaan onder kwalitatief goede (alternatieve) geschillenbeslechting stevast wordt geplaatst in het licht van een aantal procedurele uitgangspunten, ook wel (fundamentele rechts- of hoofd)beginselen genoemd.<sup>138</sup> Genoemd kunnen onder meer worden het recht van partijen op hoor en wederhoor, onpartijdigheid en onafhankelijkheid, openbaarheid (van zitting en uitspraak), (deugdelijke) motivering van de beslissing, toegankelijkheid van de procedure, equality of arms (gelijkheid der wapenen), het redelijke-termijnbeginsel, het beginsel van rechtszekerheid, het beginsel van twee volledige instanties en het beginsel van partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter.<sup>139</sup>

Ernste lijkt in haar dissertatie de in paragraaf 1.1 verwoorde stelling in te nemen dat alle beginselen van behoorlijk procesrecht hebben te gelden als minimumvoorwaarden bij zowel arbitrale procedures als bij bindend advies.<sup>140</sup> Gezien HR 30 oktober 2009, *JBPR 2010/16 (Feadship Holland/Van Wieringen)*, de Conclusie van de A-G in deze zaak, de annotatie onder deze uitspraak (van de hand van Ernste) en de

135. De Geschillencommissie heeft namelijk tot taak te beslissen over Klachten, maar dat zij ook een schikking tussen partijen kan bevorderen. Zo blijkt uit artikel 6.1 ROGFD.

136. Artikel 5 Reglement van Beroep.

137. Zo zou bijvoorbeeld de vraag kunnen worden opgeworpen of de processen bij Kifid voldoen aan de ISO9001:2008-normen en hoe de werkwijze van de Ombudsman Financiële Dienstverlening zich verhoudt tot de 'Fundamentals for a financial ombudsman'.

138. Zie over de bronnen van deze beginselen: Jacobs 1998, p. 93-97.

139. Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze beginselen onder meer De Waard 1987, p. 109; Schlössels 2004, p. 43; Lindijer 2006; Wabeke 2007, p. 19; Wenders 2010, p. 48; Rutten-van Deurzen 2010, p. 135; Jongbloed 2014, p. 1-21.

140. Ernste 2012, p. 105.

verdere rechtspraak<sup>141</sup> en doctrine<sup>142</sup> op dit punt, lijkt dit standpunt echter moeilijk verdedigbaar. Uit deze jurisprudentie en doctrine blijkt namelijk dat in het geval van arbitrage en bindend advies slechts de volgende beginselen in ieder geval als minimumvoorwaarden in acht dient te worden genomen: hoor en wederhoor, motivering en het redelijke termijnbeginsel en van de overige 'rechten', zo zal later in dit proefschrift ook blijken, afstand kan worden gedaan. Het is daarom eerder zo dat inachtneming van alle beginselen van behoorlijk procesrecht bijdraagt aan een hoge kwaliteit van rechtspraak.<sup>143</sup> In dit hoofdstuk zal duidelijk worden dat ook Kifid geacht wordt een aantal van eerdergenoemde beginselen in acht te nemen (zonder dat er altijd sprake van zal zijn dat dit rechtens afdwingbaar is) en dat er aan Kifid regels worden gesteld die erop zijn gericht tot realisering van die beginselen te komen. Deze regels worden in de doctrine<sup>144</sup> ook wel eens 'inrichtingseisen' genoemd.

Zo heeft Kifid als een instantie tot beslechting van geschillen als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wft, allereerst te voldoen aan de in de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (hierna: de Implementatiewet) opgenomen eisen. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat er in aanvulling op de in de Implementatiewet gestelde regels, bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de aan instanties of procedures tot buitengerechtelijke beslechting van geschillen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, te stellen eisen, alsmede regels met betrekking tot de door die instanties aan 'Onze Minister' te verstrekken informatie.

Voornoemde nadere regels zijn opgenomen in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna te noemen: BGfo) en meer in het bijzonder in hoofdstuk 7 van dat Besluit. In paragraaf 7.1 van dit hoofdstuk zijn regels opgenomen met betrekking tot de afhandeling van klachten door financiële ondernemingen. De in paragraaf 7.2 terug te vinden artikelen 44a-48f BGfo stellen verdere randvoorwaarden aan de aanwijzing van geschilleninstanties als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht, de behandeling van geschillen door aangewezen geschilleninstanties en de door de geschilleninstanties aan de AFM, DNB en de Minister van Financiën te verstrekken informatie. Bij Besluit van 21 december 2012<sup>145</sup> heeft de Minister van Financiën de in deze paragraaf opgenomen eisen die aan geschilleninstanties worden gesteld om in aanmerking te komen voor

141. Zie onder meer HR 18 februari 1994, NJ 1994/765 (Nordström) en ECRM 12 december 1983, 8588/79 en 8589/79, DR 3 (Bramelid en Malström), <http://hudoc.echr.coe.int>. In laatstgenoemde zaak overwoog de Commissie als volgt: "Furthermore, the Commission notes that a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. Normally Article 6 poses no problem where arbitration is entered into voluntarily (cf Application No 1197/61, Yearbook 5, pages 88, 94 and 96). If, on the other hand, arbitration is compulsory in the sense of being required by law, as in this case, the parties have no option but to refer their dispute to an Arbitration Board, and the Board must offer the guarantees set forth in Article 6 (1)."

142. Zie hierover met name Jacobs 1998, p. 93-107; Lawson 1996, p. 157-166; Meijer 2011, p. 84-90; Wesseling-van Gent 1985, p. 393-399; De Waard 1987, p. 110; Wesseling-van Gent 2008, p. 303-308; Knigge 2012, p. 161-203 en Schijns & Van Dijk 2014, p. 268.

143. Waarbij ik, net even anders dan Rutten-van Deurzen kwaliteit zou willen definiëren als de mate waarin rechtspraak en rechtspleging in overeenstemming is met juridische en organisatorische waarden en voldoet aan de hoogste eisen die de samenleving hier en nu, in een bepaalde zaak en in het algemeen, daaraan stelt. Zie in dit verband Rutten-van Deurzen 2010, p. 69-77.

144. Zie De Waard 1987, p. 107-112 en Jacobs 1997, p. 97-107.

145. Besluit van 21 december 2012 tot wijziging van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, het Besluit marktmisbruik Wft, het Besluit prudentiële regels Wft, alsmede enige andere besluiten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingsbesluit financiële markten 2013).

erkenning in de zin van artikel 4:17 lid 1 aanhef en onderdeel b Wft aangescherpt, waardoor hoofdstuk 7 van het BGfo per 1 januari 2013 in zijn geheel opnieuw is vastgesteld.<sup>146</sup> Per 9 juli 2015 zijn er in verband met de inwerkingtreding van de Implementatiewet en de daarmee samenhangende gelijktijdige wijziging van artikel 4:17 lid 3 Wft wederom wijzigingen aangebracht aan (met name hoofdstuk 7 van) het BGfo. In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet wordt hierover het volgende opgemerkt. Artikel 4:17 lid 3 Wft:

*“(...) bevat een grondslag om nadere regels te kunnen stellen bij algemene maatregel van bestuur ten aanzien van de instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting. In de financiële sector gelden nu al vereisten voor door de Minister van Financiën erkende geschilleninstanties, welke zijn opgenomen in het Hoofdstuk 7.2 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo). Een aantal van deze vereisten is tevens opgenomen in de implementatiewet. Deze vereisten zullen vervallen in het BGfo. Een aantal van de huidige vereisten is niet opgenomen in de implementatiewet. Ingevolge artikel 17, eerste lid, onderdeel j, van de implementatiewet is het mogelijk dat in aanvulling op deze wet andere vereisten worden gesteld als voorwaarde voor aanwijzing van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting. De reeds geldende aanvullende eisen voor geschilleninstanties voor klachten met betrekking tot financiële producten en financiële diensten, zullen worden gehandhaafd in het BGfo. Zo gelden ingevolge het BGfo bijvoorbeeld eisen aan de financiering en het bestuur van instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting. In het BGfo zal tevens een voorziening worden getroffen voor het feit dat de kring van personen, bedoeld in artikel 4:17, eerste lid, van de Wft ruimer is dan de kring van personen die op grond van dit wetsvoorstel hun geschil aan een geschilleninstantie kunnen voorleggen. In het wetsvoorstel is die kring beperkt tot in de Europese Unie woonachtige consumenten, terwijl op grond van artikel 4:17 Wft ook andere (natuurlijke) personen, ongeacht hun woonplaats, bij de geschilleninstantie terecht moeten kunnen. In het gewijzigde derde lid is hiervoor de grondslag opgenomen.”<sup>147</sup>*

Uit de parlementaire geschiedenis van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft blijkt overigens dat de aan de aanwijzing verbonden voorschriften meerdere doelen dienen.<sup>148</sup> Allereerst wenst de wetgever door het stellen van bepaalde voorwaarden aan geschilleninstanties de kwaliteit van buitengerechtelijke financiële geschillenbeslechting te borgen, zo blijkt uit de nota van toelichting bij het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013.<sup>149</sup> De nota van toelichting geeft echter geen antwoord op de vraag wat de wetgever onder kwalitatief goede geschillenbeslechting verstaat.

146. Stb. 2012, 695. De nieuwe artikelen 40 en 41 en 44 komen overeen met de oude artikelen 39, 40 en 42 van het BGfo. De huidige artikelen 45, 47 en 48f BGfo bevatten deels nieuwe normen en deels de normen uit de oude artikelen 43, 44 en 43 van het BGfo. De artikelen 48 en 48d van dit besluit komen overeen met de oude artikelen 45 en 48 van het BGfo. Voor een toelichting wordt, gezien deze voorgeschiedenis, in dit hoofdstuk ook deels verwezen naar de toelichting bij de oude artikelen. Zie omtrent het voorgaande ook Stb. 2012, 695, p. 76.

147. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 28-29.

148. Stb. 2006, 520, p. 188; Stb. 2012, 695, p. 36-37 en 78. Zie ook paragraaf 3.6.

149. Stb. 2012, 695, p. 37.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt voorts<sup>150</sup> dat het de bedoeling van de wetgever is dat de voorschriften die verbonden zijn aan een aanwijzing op grond van artikel 4:17 Wft in overeenstemming zijn met Aanbeveling 98/257/EG, zodat het voldoen aan het in artikel 44a-48f BGfo bepaalde een geschilleninstantie niet in de weg zal staan zich aan te sluiten bij een Europees netwerk van buitengerechtelijke geschilleninstanties, zoals FIN-NET.<sup>151</sup> Dit kan als een doel op zich worden beschouwd. Ter toelichting het volgende.

- De Europese Commissie spant zich in om de kwaliteit en de doeltreffendheid van de alternatieve wijzen van de beslechting van consumentengeschillen te bevorderen.<sup>152</sup> In hoofdstuk 2 is al aan de orde gekomen dat er op communautair niveau in de afgelopen jaren een reeks van initiatieven is ontplooid teneinde de inrichting van efficiënte en doeltreffende procedures voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen te stimuleren. Een van deze initiatieven betrof, zo kwam in hoofdstuk 2 van dit boek al ter sprake, het vastleggen in Aanbeveling 98/257/EG van een reeks principes die van toepassing zijn op de werkwijze van reeds bestaande (of nog op te richten) buitengerechtelijke organen voor het beslechten van consumentengeschillen. Een ander initiatief van de Europese Commissie betreft Aanbeveling 2001/310/EG. In deze aanbeveling heeft de Europese Commissie een aantal beginselen vastgelegd die in haar ogen zouden moeten worden nageleefd door alle bestaande en toekomstige organen die betrokken zijn bij de conceptuele beslechting van consumentengeschillen. Meer recente initiatieven van de Europese Commissie zijn het 'Consultation paper on the use of Alternative Dispute Resolution as a means to resolve disputes related to commercial transactions and practices in the European Union',<sup>153</sup> de al eerdergenoemde Richtlijn ADR consumenten en de Verordening ODR consumenten.<sup>154</sup>
- FIN-NET is een netwerk dat vooral is ontworpen om de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen aangaande financiële diensten te vergemakkelijken wanneer de dienstverlener is gevestigd in een andere EU-lidstaat dan waar de consument woont. Bij het netwerk zijn meer dan 35 verschillende nationale stelsels aangesloten die zich ofwel bezighouden met financiële diensten in het bijzonder (bijvoorbeeld ombudsmannen voor de bank- en de verzekeringssector) ofwel consumentengeschillen in het algemeen behandelen (bijvoorbeeld commissies voor klachten van consumenten).<sup>155</sup> De voorwaarden waaraan geschilleninstanties die willen toetreden tot FIN-NET moeten voldoen zijn opgenomen in een 'Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services in the European Economic Area'.<sup>156</sup>

150. *Stb.* 2006, 520, p. 188.

151. Hendrikse & Rinkes 2006, p. 94.

152. [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_nl.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_nl.htm).

153. [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/dgs\\_consultations/ca/docs/adr\\_consultation\\_paper\\_18012011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/adr_consultation_paper_18012011_en.pdf).

154. Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2013, L 165/1 (hierna: Verordening ODR consumenten).

155. Commission Press release IP/01/152, Brussel, 1 februari 2001.

156. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/fin-net/docs/mou/en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/mou/en.pdf).

*“Access to the Memorandum is open to any scheme which is responsible for out of court settlement of disputes between consumers and service providers in the area of financial services provided that it complies with the principles in the Commission Recommendation No 98/257.”<sup>157</sup>*

Overigens moet het besluit van 21 december 2006 tot erkenning en het besluit van 8 juli 2015 tot aanwijzing van Kifid als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 Wet op het financieel toezicht los worden gezien van een erkenning door de Minister van Justitie op basis van de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997.<sup>158</sup> De wetgever zegt hierover:<sup>159</sup>

*“Een geschilleninstantie die op grond van de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997 is erkend door de Minister van Justitie, wordt niet zonder meer erkend door de Minister van Financiën op grond van de Wft en andersom. Zo bevat dit besluit erkenningsvoorwaarden die niet voorkomen in de erkenningsregeling die onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie vallen (zie bijvoorbeeld de artikelen 43 juncto 47 en 48 en 45, eerste lid, onderdeel l), terwijl laatstgenoemde erkenningsregeling bepaalde eisen stelt ten aanzien van erkenning, die dit besluit niet kent. Te denken valt aan bijvoorbeeld de artikelen 3 en 4, eerste lid, onderdelen a en d, van de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997. Ook ten aanzien van de intrekking van een erkenning bevatten de twee regelingen niet exact dezelfde voorwaarden.”<sup>160</sup>*

Ter toelichting het volgende. In maart 1970 is de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC) opgericht. Deze stichting is een samenwerkingsverband van de Consumentenbond, de ANWB en een groot aantal brancheorganisaties met als doel het oprichten en in stand houden van geschillencommissies welke geschillen beslechten die voortvloeien uit klachten van consumenten over door ondernemers geleverde goederen en verrichte diensten. Sinds 1975 konden bij de SGC aangesloten geschillencommissies op grond van de Erkenningsregeling Commissies Consumentenklachten<sup>161</sup> erkenning en subsidie aanvragen bij de Minister

157. Zie voor meer informatie over FIN-NET: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/fin-net/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm).

158. Stb. 2006, 520, p. 187.

159. Stb. 2006, 520, p. 188.

160. Zoals reeds eerder gezegd zijn de initiële artikelen 43-48 BGfo, waarop dit citaat betrekking heeft, bij Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, Stb. 2012, 695 vernummerd. De inhoud van de in het citaat genoemde artikelen uit het BGfo is thans terug te vinden in de artikelen 44a-48f BGfo. De in het citaat genoemde artikelen 3 en 4 van de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997 luiden als volgt:

“Artikel 3

1. De bij de geschillencommissie aangesloten ondernemers dienen tot dezelfde branche te behoren.

2. De in het eerste lid bedoelde ondernemers dienen, voor zover het betreft de overeenkomsten die zij met consumenten sluiten, in hun branche naar het oordeel van de Minister een groep van voldoende betekenis te vormen.

3. De geschillencommissie dient open te staan voor aansluiting door iedere tot de branche behorende ondernemer.

Artikel 4

1. De samenstelling van de geschillencommissie geschiedt met inachtneming van de volgende voorschriften:

a. de geschillencommissie bestaat uit één lid, dan wel uit een oneven aantal leden;

d. aan geen der bij het geschil betrokken partijen dient een bevoorrechte positie bij de samenstelling van de geschillencommissie te worden toegekend;

e. de bij de benoeming van een lid van de geschillencommissie te volgen procedure dient schriftelijk te zijn vastgelegd.”

161. Stcrt. 1975, 20.



van Economische Zaken. Met ingang van 1 januari 1997 is deze subsidiëring overgenomen door het Ministerie van Justitie en is de Erkenningsregeling Commissies Consumentenklachten vervangen door de hierboven genoemde Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997.<sup>162</sup> Na te zijn gewijzigd en geactualiseerd gaat voornoemde regeling sinds 19 oktober 2012 door het leven onder de naam Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 2012.<sup>163</sup> In deze erkenningsregeling is een aantal eisen opgenomen waaraan geschillencommissies moeten voldoen om in aanmerking te komen voor erkenning. Een aantal van deze eisen heeft tot doel bij de behandeling van klachten door de geschillencommissie een goede rechtsgang evenals het doen van onpartijdige uitspraken te waarborgen. Daarnaast wordt onder meer als voorwaarde gesteld, dat de ondernemers, die bij een geschillencommissie zijn aangesloten, een groep van voldoende betekenis binnen de branche vormen.<sup>164</sup> In 2012 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie de SGC bestempeld tot het centrale loket voor de beslechting van consumentengeschillen en als nieuwe voorwaarde voor erkenning op grond van deze regeling opgenomen dat de geschillencommissie die voor erkenning in aanmerking wil komen, zich aansluit bij de overkoepelende Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken.<sup>165</sup> Zoals gezegd moet een erkenning/aanwijzing door de Minister van Financiën op grond van het BGfo echter los worden gezien van een erkenning door de Minister van Justitie op basis van de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997.<sup>166</sup>

Hierna zal allereerst nader aandacht worden besteed aan de Aanbevelingen 98/257/EG en 2001/310/EG. Europese aanbevelingen zijn, gezien het bepaalde in artikel 288 VWEU, niet verbindend. Eerder in deze paragraaf is echter al kort ter sprake gekomen waarom het voor een geschilleninstantie in de zin van artikel 4:17 Wft van belang is om in ieder geval te voldoen aan de in Aanbeveling 98/257/EG opgenomen principes: Aansluiting bij FIN-NET is slechts mogelijk onder de voorwaarde dat wordt voldaan aan deze principes.<sup>167</sup> Dat is echter niet de enige reden voor een geschilleninstantie om naleving van Europese aanbeveling na te streven. Hoewel aanbevelingen, gezien het bepaalde in artikel 288 VWEU, niet verbindend zijn, is het niet zo dat aanbevelingen geen enkele juridische betekenis hebben, zo blijkt uit de uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de zaak *Grimaldi/Fonds voor beroepsziekten*. In die zaak heeft het Hof van Justitie overwogen dat aanbevelingen:

*“(...) op zichzelf voor de justitiabelen geen rechten in het leven kunnen roepen, waarop dezen zich voor de nationale rechterlijke instanties zouden kunnen beroepen. Evenwel zijn deze instanties gehouden de aanbevelingen in aanmerking te nemen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen, met name wanneer deze dui-*

162. *Stcrt.* 1996, 248.

163. *Stcrt.* 2012, 21342.

164. *Stcrt.* 1996, 248.

165. Aldus de nota van toelichting bij de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 2012, *Stcrt.* 2012, 21342.

166. Zie over in het oog springende verschillen tussen deze regelingen: D.P.C.M. Hellegers, ‘Het ontwerp-besluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 en het Kifid’, *NTHR* 2012, afl. 4, p. 186-187.

167. Zie hiervoor het “Memorandum van overeenstemming over een grensoverschrijdend buitengerechtelijk klachtennetwerk voor financiële diensten in de Europese Economische Ruimte”: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/fin-net/docs/mou/nl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/mou/nl.pdf).

*delijkheid kunnen verschaffen over de uitlegging van andere nationale of communautaire bepalingen.*<sup>168</sup>

Deze uitspraak dient te worden gezien in het licht van de verplichting van lidstaten tot ‘Unietrouw’ (voorheen: ‘gemeenschapstrouw’). Artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie schrijft voor dat de Unie en de lidstaten elkaar krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren en dat zij elkaar steunen bij de vervulling van de taken die uit de verdragen voortvloeien. Lidstaten dienen daarom alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en dienen de vervulling van de taak van de Unie te vergemakkelijken.<sup>169</sup> Nationale rechters zijn op grond van deze ‘Unietrouw’ – zo nodig op eigen gezag – verplicht zorg te dragen voor de volle werking van het gemeenschapsrecht.

In de hierna volgende paragrafen 4.2 tot en met 4.6 zal met name worden gezien welke eisen Aanbeveling 98/257/EG en 2001/310/EG (paragrafen 4.2 en 4.3), de Richtlijn ADR consumenten en de Verordening ODR consumenten (paragraaf 4.4), de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (paragraaf 4.5) en de in het BGfo opgenomen voorwaarden (paragraaf 4.6) aan Kifid stellen. In paragraaf 4.7 zal nader worden stilgestaan bij de onderlinge rechtsverhouding tussen de verschillende actoren bij en organen van Kifid, teneinde ook op die manier een beter inzicht te krijgen in het complex van voor Kifid relevante rechtsnormen. Daarbij zal worden aangegeven of de organisatie van Kifid voldoet aan die voorwaarden en (kwaliteits)eisen. De vraag of de statuten en (proces)reglementen van Kifid voldoen aan die voorwaarden en (kwaliteits)eisen, zal echter in hoofdstuk 5 worden beantwoord.

#### 4.2 **Aanbeveling 98/257/EG**

Aanbeveling 98/257/EG heeft betrekking op buitengerechtelijke procedures die, ongeacht hun benaming, leiden tot de beslechting van een geschil door de actieve tussenkomst van een derde persoon die een oplossing voorstelt of oplegt.<sup>170</sup> In deze aanbeveling richt de Commissie zich tot organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, tot iedere natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor het oprichten of functioneren van dergelijke organen, evenals tot de lidstaten voor zover zij daarbij betrokken zijn. De Commissie beveelt de hiervoor genoemden aan de volgende beginselen te eerbiedigen: onafhankelijkheid, doorzichtigheid, hoor en wederhoor, doeltreffendheid, wettigheid, vrijheid en vertegenwoordiging. In de considerans van de aanbeveling overweegt de Europese Commissie hierover onder meer als volgt:

*“Overwegende dat de onpartijdigheid en de objectiviteit van het orgaan dat voor het nemen van besluiten verantwoordelijk is, hoedanigheden zijn die nodig zijn om de*

168. HvJ EG 19 december 1989, C-322/88.

169. Zie hieromtrent artikel 4 lid 3 VEU.

170. Hetgeen, zoals in de inleiding reeds gezegd, zou kunnen worden betiteld als rechtspraak, althans het karakter van rechtspraak heeft. Zie in dit verband HR 20 mei 2005, NJ 2007/114 (*Honnebier*/Amsterdam).

bescherming te garanderen van de rechten van de consumenten en om hun vertrouwen te vergroten in de alternatieve mechanismen voor het beslechten van consumentengeschillen;

Overwegende dat een orgaan slechts onpartijdig kan zijn als er bij de uitoefening van zijn taken geen enkele druk op wordt uitgeoefend die zijn besluit zou kunnen beïnvloeden; dat zijn onafhankelijkheid eveneens moet worden gegarandeerd zonder dat dit de vaststelling betekent van garanties die even streng zijn als die welke de onafhankelijkheid van de rechters in het kader van het rechtsstelsel garanderen;

Overwegende dat, wanneer een besluit door één persoon wordt genomen, de onpartijdigheid van de verantwoordelijke persoon slechts kan worden gegarandeerd als hij blijkt geeft van onafhankelijkheid en de noodzakelijke kwalificaties bezit en optreedt in een klimaat dat het hem mogelijk maakt autonoom besluiten te nemen; dat dit meebrengt dat de duur van het mandaat van deze persoon lang genoeg moet zijn en dat hij tussentijds niet kan worden afgezet zonder gewettigde reden;

Overwegende dat, wanneer het besluit op collegiale wijze tot stand komt, de paritaire deelname van de vertegenwoordigers van de consumenten en van het bedrijfsleven een toereikend middel is om de onafhankelijkheid te waarborgen;

Overwegende dat men, om de toereikende informatie van de betrokkenen veilig te stellen, de doorzichtigheid moet garanderen van de procedure en van de activiteit van de organen die voor de beslechting van de geschillen verantwoordelijk zijn; dat de afwezigheid van doorzichtigheid de rechten van de partijen kan schaden en kan leiden tot aarzelingen ten opzichte van de buitengerechtelijke procedures voor het beslechten van consumentengeschillen;

Overwegende dat de belangen van de partijen slechts kunnen worden gewaarborgd, als de procedure hen in staat stelt hun standpunt naar voren te brengen ten overstaan van het bevoegde orgaan en zich eventueel op de hoogte te stellen van de feiten die de tegenpartij naar voren brengt, en eventueel van de verklaringen van deskundigen; dat dit niet noodzakelijkerwijs behoeft te betekenen dat de partijen mondeling worden gehoord;

Overwegende dat de buitengerechtelijke procedures tot doel hebben de verhaalsmogelijkheden van de consumenten te vereenvoudigen; dat zij eveneens, met het oog op de doelmatigheid, bepaalde problemen moeten oplossen die in het gerechtelijke kader bestaan, zoals de hoge kosten, de lange termijnen en het gebruik van trage procedures;

Overwegende dat men, om de doeltreffendheid en de billijkheid van de procedure te vergroten, het bevoegde orgaan een actieve rol moet toebedelen waardoor dit elk element in overweging kan nemen dat voor de beslechting van het geschil dienstig kan zijn; dat deze actieve rol des te belangrijker is omdat de partijen in het kader van de buitengerechtelijke procedures vaak optreden zonder bijstand van een juridische raadsman;

Overwegende dat de buitengerechtelijke organen niet alleen een besluit kunnen nemen op basis van wettelijke bepalingen, maar ook op grond van hun rechtsgevoel en aan de hand van gedragscodes; dat deze flexibiliteit ten aanzien van de grondslag van hun besluiten er echter niet toe mag leiden dat het peil van de bescherming van de consumenten daalt ten opzichte van de bescherming die hij, met inachtneming van het communautaire recht, zou hebben genoten bij toepassing van het recht door de gerechten;

Overwegende dat de partijen het recht hebben op de hoogte te worden gesteld van de genomen besluiten en de beweegredenen daarvoor; dat de motivering van de be-

sluiten een noodzakelijk element is om de doorzichtigheid van en het vertrouwen van de partijen in de werking van de buitengerechtelijke procedures veilig te stellen; Overwegende dat, overeenkomstig artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, de toegang tot de gerechten een grondrecht is dat geen uitzonderingen kent; dat, aangezien het communautaire recht het vrije verkeer garandeert van goederen en diensten op de interne markt, de mogelijkheid van de marktdeelnemers, de consumenten daaronder begrepen, om zich voor het beslechten van de geschillen waartoe hun economische activiteiten aanleiding kunnen geven, op dezelfde wijze als de onderdanen van een lidstaat te wenden tot de rechterlijke instanties van die lidstaat, het logische vervolg vormt van deze vrijheden; dat de buitengerechtelijke procedures niet tot doel kunnen hebben het rechtsstelsel te vervangen; dat derhalve de consument door het volgen van de buitengerechtelijke weg alleen zijn recht op toegang tot de gerechten kan worden ontnomen wanneer hij daar uitdrukkelijk, met volledige kennis van zaken en nadat het geschil is ontstaan, mee instemt;

Overwegende dat soms, en ongeacht het voorwerp en de waarde van het geschil, de partijen en met name de consument als de economisch zwakkere en juridisch minder ervaren contractpartij de bijstand en het juridische advies nodig kunnen hebben van een derde persoon om hun rechten beter te verdedigen en te beschermen.”<sup>171</sup>

Vervolgens worden in de aanbeveling door deze organen te nemen maatregelen geformuleerd, op basis waarvan bovengenoemde principes volgens de Europese Commissie kunnen worden gewaarborgd.

#### I. Principe van onafhankelijkheid

De onafhankelijkheid van het orgaan dat voor het nemen van het besluit verantwoordelijk is kan, wanneer het besluit door één persoon wordt genomen, volgens de Commissie worden gegarandeerd door de volgende maatregelen:

- de aangewezen persoon bezit de capaciteit, de ervaring en de kennis van zaken, met name op juridisch terrein, die voor deze functie noodzakelijk zijn;
- de aangewezen persoon bezit een mandaat, met een duur die lang genoeg is om de onafhankelijkheid van zijn optreden te waarborgen zonder te kunnen worden afgezet zonder gewettigde reden;
- wanneer de aangewezen persoon wordt benoemd of betaald door een beroepsorganisatie of een onderneming, mag hij gedurende de laatste drie jaar voorafgaande aan de aanvaarding van zijn functie niet gewerkt hebben voor deze beroepsorganisatie of een van de leden daarvan of voor de onderneming in kwestie. Wanneer het besluit collegiaal wordt genomen, kan de onafhankelijkheid van het orgaan dat verantwoordelijk is voor het nemen van het besluit, worden gewaarborgd door de paritaire vertegenwoordiging van de consumenten en het bedrijfsleven of door de eerbiediging van de hieronder genoemde eisen.”<sup>172</sup>

171. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/32-33.

172. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/33.

## II. Principe van doorzichtigheid

De door de Commissie aanbevolen middelen die de doorzichtigheid van de procedure en van de activiteit van de organen die voor de beslechting van de geschillen verantwoordelijk zijn moeten garanderen omvatten:

- “1. de kennisgeving, schriftelijk of in elk andere passende vorm, van onderstaande gegevens aan iedereen die daarom vraagt:
  - een nauwkeurige beschrijving van de soorten geschillen die aan het orgaan kunnen worden voorgelegd, alsmede de eventueel bestaande grenzen ten aanzien van het geografische gebied waarvoor het orgaan bevoegd is en van de waarde van het voorwerp van de geschillen;
  - de regels met betrekking tot het aanhangig maken van een zaak bij het orgaan, met inbegrip van de stappen die de consument eventueel vooraf moet nemen, alsmede andere voorschriften ten aanzien van de procedure, met name die betreffende het schriftelijke of het mondelinge karakter van de procedure, het persoonlijk verschijnen en de talen van de procedure;
  - de eventuele kosten van de procedure voor de partijen, daaronder begrepen de regels voor de kostenverdeling na afloop van de procedure;
  - het soort regels waarop de besluiten van het orgaan worden gebaseerd (wetsbepalingen, rechtsgevoel, gedragscodes enz.);
  - de modaliteiten voor het nemen van besluiten binnen het orgaan;
  - de juridische waarde van het besluit, waarbij duidelijk wordt aangegeven of het besluit alleen bindend is voor de verweerder of voor beide partijen. Als het om een bindend besluit gaat, moeten de sancties worden vermeld die toepasselijk zijn als het besluit niet wordt uitgevoerd. Dat geldt eveneens voor de eventueel bestaande beroepsmogelijkheden voor de partij die niet in het gelijk is gesteld.
- 2. De publicatie door het bevoegde orgaan van een jaarverslag over de genomen besluiten, aan de hand waarvan het mogelijk is de verkregen resultaten te beoordelen en de aard vast te stellen van de geschillen die aan het orgaan zijn voorgelegd.”<sup>173</sup>

## III. Principe van hoor en wederhoor

Ten aanzien van het principe van hoor en wederhoor doet de Commissie de aanbeveling het hierna volgende beginsel te eerbiedigen:

- “De te volgen procedure omvat voor alle betrokken partijen de mogelijkheid hun standpunt aan het bevoegde orgaan kenbaar te maken en kennis te nemen van alle standpunten en alle feiten die door de andere partij naar voren worden gebracht, en eventueel van de verklaringen van de deskundigen.”<sup>174</sup>

## IV. Principe van doeltreffendheid

De Commissie beveelt verder aan de doeltreffendheid van de procedure te waarborgen door maatregelen die de garantie inhouden voor:

- de toegang van de consument tot de procedure, zonder verplicht te zijn van een wettelijke vertegenwoordiger gebruik te maken;
- het kosteloze karakter van de procedure of de vaststelling van niet al te hoge kosten;

173. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/33.

174. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/34.

- de vaststelling van een korte termijn tussen het moment waarop men zich tot het orgaan wendt en dat waarop het besluit wordt genomen;
- de toewijzing van een actieve rol aan het bevoegde orgaan, waardoor dit orgaan in staat wordt gesteld rekening te houden met elke factor die dienstig is voor de beslechting van het geschil.”<sup>175</sup>

Verder doet de Commissie met betrekking tot de hierna genoemde beginselen de aanbeveling de volgende beginselen te eerbiedigen.

#### V. Principe van wettigheid

*“Het besluit van het orgaan kan niet tot gevolg hebben dat de consument de bescherming wordt ontnomen die hem door de bindende bepalingen van de wet van de staat op het grondgebied waarvan het orgaan is gevestigd, wordt gewaarborgd. In het geval van grensoverschrijdende geschillen kan het besluit van het orgaan niet tot gevolg hebben dat de consument, in de gevallen waarin wordt voorzien in artikel 5 van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980, inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, de bescherming wordt ontnomen die hem wordt gewaarborgd door de bindende bepalingen van de wet van de lidstaat waar de consument gewoonlijk verblijft houdt.*

*Elk besluit wordt met redenen omkleed en zo spoedig mogelijk schriftelijk of in elke andere passende vorm aan de betrokken partijen meegedeeld.”<sup>176</sup>*

#### VI. Principe van vrijheid

*“Het besluit van het orgaan kan slechts bindend zijn ten opzichte van de partijen als deze vooraf op de hoogte zijn gesteld van het bindende karakter en daarmee uitdrukkelijk hebben ingestemd.*

*De deelneming van de consument aan de buitengerechtelijke procedure kan niet het gevolg zijn van een verbintenis die voortvloeit uit het ontstaan van het meningsverschil, wanneer deze verbintenis tot gevolg heeft dat de consument het recht wordt ontnomen zich voor de gerechtelijke beslechting van het geschil te wenden tot de bevoegde rechter.”<sup>177</sup>*

#### VII. Principe van vertegenwoordiging

*“De procedure kan de partijen niet het recht ontnemen zich in elke fase van de procedure te doen vertegenwoordigen of te doen vergezellen door een derde.”<sup>178</sup>*

### 4.3 Aanbeveling 2001/310/EG

Aanbeveling 2001/310/EG richt zich tot alle bestaande en toekomstige buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen be-

175. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/34.

176. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/34.

177. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/34.

178. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/33.

trokken zijn, evenals iedere natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor het oprichten of functioneren van dergelijke organen.<sup>179</sup> Deze aanbeveling is derhalve ook relevant voor Kifid in het algemeen en de aan Kifid verbonden mediator(s), de Ombudsman Financiële Dienstverlening en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in het bijzonder, omdat deze — zo is in de inleiding van dit hoofdstuk reeds vermeld — (ook) tot taak hebben tussen partijen te bemiddelen.

De Europese Commissie beveelt bovengenoemde organen en instanties aan om in alle procedures met een derde persoon die, ongeacht hun benaming, de beslechting van een consumentengeschil vergemakkelijken door het bij elkaar brengen en helpen van de partijen, bijvoorbeeld door middel van het doen van informele suggesties betreffende mogelijke oplossingen, om hen ervan te overtuigen een gezamenlijke oplossing te vinden de doorzichtigheid, doeltreffendheid en de billijkheid van de procedure en de onpartijdigheid van degenen die voor de procedure verantwoordelijk zijn te garanderen.<sup>180</sup>

Ter borging van de vier bovengenoemde beginselen — onpartijdigheid, doorzichtigheid, doeltreffendheid en de billijkheid — beveelt de Commissie degenen die voor de procedure verantwoordelijk zijn aan de hierna te noemen (voorzorgs)maatregelen te nemen.

Ter borging van de onpartijdigheid moeten degenen die voor de procedure verantwoordelijk zijn:

- “a) voor een vaste termijn worden benoemd en niet zonder wettige reden kunnen worden afgezet;*
- b) geen bijzondere relatie met de partijen hebben die aanleiding zou kunnen geven tot vermeende of daadwerkelijke belangenverstrengeling;*
- c) voor het begin van de procedure aan beide partijen informatie geven over hun onpartijdigheid en competentie.”<sup>181</sup>*

Ter borging van de doorzichtigheid van de procedure dient er te worden gezorgd voor gemakkelijk toegankelijke en begrijpelijke informatie voor de partijen over de regels met betrekking tot het aanhangig maken van een zaak, de voorschriften ten aanzien van de procedure en de beschikbaarheid, zodat zij daar vooraf toegang toe hebben en kennis van kunnen nemen. Het betreft in het bijzonder, zo blijkt uit de aanbeveling, informatie over:

- “a) het verloop van de procedure, de soorten geschillen die het orgaan kan behandelen en de eventueel bestaande beperkingen ten aanzien van de werking van het orgaan;*
- b) de regels ten aanzien van de eisen waaraan de partijen eventueel vooraf moeten voldoen, alsmede overige voorschriften ten aanzien van de procedure, met name die betreffende de toepassing van de procedure en de talen van de procedure;*
- c) de kosten van de procedure voor de partijen, indien van toepassing;*
- d) het tijdschema van de procedure, naargelang het soort geschil;*

179. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, PbEG 2001, L 109/58-61.

180. Zo blijkt uit overweging 9 van de considerans van de Aanbeveling, PbEG 2001, L 109/57.

181. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, PbEG 2001, L 109/59.

- e) de belangrijkste regels die van toepassing zijn (wetsbepalingen, beste praktijken, rechtsgevoel, gedragscodes, enz.);*
- f) de rol van het orgaan bij de totstandbrenging van de beslechting van een geschil;*
- g) de status van een eventuele overeenkomst over de oplossing van het geschil.*<sup>182</sup>

Elke overeenkomst over de oplossing van het geschil tussen de partijen moet op een duurzaam medium worden vastgelegd, met inbegrip van de voorwaarden en de rechtsgronden waarop het is gebaseerd. Deze vastlegging moet beide partijen ter beschikking worden gesteld.

Voorts moet er informatie worden gepubliceerd over de resultaten van de procedure, waaronder begrepen:

- a. het aantal en het soort klachten dat aan het orgaan is voorgelegd en de resultaten van de behandeling van de klachten;
- b. de duur van de procedure voor het vinden van een oplossing;
- c. eventuele systematische problemen bij de behandeling van klachten;
- d. de naleving van de resultaten van de procedures.<sup>183</sup>

In het kader van de borging van de doeltreffendheid van de procedure bepaalt de aanbeveling onder meer dat:

- de procedure voor beide partijen eenvoudig toegankelijk en beschikbaar moet zijn, bijvoorbeeld via elektronische middelen, ongeacht de plaats van vestiging van de partijen;
- de procedure voor consumenten kosteloos moet zijn, of eventuele kosten evenredig moeten zijn met het bedrag van het geschil en niet al te hoog;
- partijen niet verplicht zijn van een juridisch vertegenwoordiger gebruik te maken. De partijen mogen er evenwel niet van weerhouden worden zich gedurende alle fasen van de procedure te laten vertegenwoordigen of te laten bijstaan door een juridisch vertegenwoordiger;
- zodra er een geschil aan het orgaan is voorgelegd, het zo snel mogelijk moet worden behandeld in overeenstemming met de aard van het geschil en de vooruitgang regelmatig door het orgaan, verantwoordelijk voor de procedure, moeten worden gecontroleerd teneinde de snelle en passende behandeling van het geschil tussen de partijen te verzekeren;
- het optreden van de partijen door het verantwoordelijk orgaan moet worden geëvalueerd, teneinde ervoor te zorgen dat zij zich inzetten voor een goede, billijke en snelle beslechting van het geschil;
- bij ongepast gedrag van een partij beide partijen hiervan in kennis moeten worden gesteld zodat ze kunnen overwegen of ze de procedure voor de geschillenbeslechting willen voortzetten.<sup>184</sup>

Voorts beveelt de Commissie aan de volgende maatregelen te nemen ter borging van de billijkheid van de procedure:

- Partijen moeten worden geïnformeerd over hun recht om te weigeren aan de procedure mee te doen of zich, indien zij ontevreden zijn over de resultaten

182. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, *PbEG* 2001, L 109/59-60.

183. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, *PbEG* 2001, L 109/59.

184. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, *PbEG* 2001, L 109/60.



of de wijze van functioneren van het orgaan, op enig moment uit de procedure terug te trekken en een beroep te doen op het rechtsstelsel of andere buitengerechtelijke verhaalmechanismen.

- Beide partijen moeten in staat zijn om vrijelijk en op eenvoudige wijze alle voor hun zaak relevante argumenten, informatie of bewijsmateriaal in te dienen op basis van vertrouwelijkheid, tenzij de partijen toestemming hebben gegeven om deze informatie aan de andere partij ter beschikking te stellen. Indien op enig moment de derde partij mogelijke oplossingen voor het geschil voorstelt, dan zouden de partijen de mogelijkheid moeten hebben hun standpunt naar voren te brengen en te reageren op ingediende argumenten, informatie of bewijsmateriaal door de andere partij.
- Beide partijen moeten worden aangemoedigd om volledige medewerking aan het orgaan te leveren, in het bijzonder door alle voor een billijke oplossing van het geschil nodige informatie te leveren.
- Aan de partijen moet, alvorens zij met een voorstel voor een oplossing instemmen, voldoende tijd ter beschikking worden gesteld om over het voorstel na te denken.

De consument moet, voordat hij met een voorstel voor een oplossing instemt, duidelijke en begrijpelijke informatie krijgen met betrekking tot het volgende:

- a. de keuze om al dan niet met het voorstel voor een oplossing in te stemmen;
- b. het voorstel voor een oplossing kan minder gunstig zijn dan een door een rechtbank aan de hand van wettelijke regels vastgestelde oplossing;
- c. het recht op het inwinnen van onafhankelijk advies, alvorens het voorstel voor een oplossing te aanvaarden of af te wijzen;
- d. het gebruik van de procedure hem er niet van weerhoudt om zijn onopgeloste consumentengeschil te verwijzen naar een ander buitengerechtelijk mechanisme voor geschillenbeslechting dat, in het bijzonder binnen het toepassingsgebied van Aanbeveling 98/257/EG valt of om verhaal te zoeken via het gerechtelijk systeem in zijn eigen lidstaat;
- e. de stand van een overeengekomen oplossing.<sup>185</sup>

#### 4.4 Richtlijn ADR consumenten en Verordening ODR consumenten

Op 18 juni 2013 zijn de Verordening ODR consumenten en de Richtlijn ADR consumenten verschenen in het *Publicatieblad van de Europese Unie*<sup>186</sup> en op 8 juli 2013 zijn beide in werking getreden.<sup>187</sup> Uit de considerans bij de richtlijn blijkt het volgende. De Verordening ODR consumenten en de Richtlijn ADR consumenten zijn onderling verbonden en elkaar aanvullende wetgevingsinstrumenten. De verordening voorziet in de oprichting van een interactieve website (een Unie-breed ODR-platform) voor onlinegeschillenbeslechting die consumenten en ondernemers één enkel toegangspunt voor de buitengerechtelijke beslechting van onlinegeschillen biedt, door middel van ADR-entiteiten die bij het platform zijn aangesloten en die ADR door middel van kwaliteitsvolle ADR-procedures aanbiedt. De beschikbaarheid

185. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, *PbEG* 2001, L 109/60.

186. *PbEU* 2013, L 165.

187. Artikel 27 Richtlijn ADR consumenten en artikel 22 lid 1 Verordening ODR consumenten.

van kwaliteitsvolle ADR-entiteiten in heel de Unie is een essentiële voorwaarde voor de goede werking van het ODR-platform, aldus het Europees Parlement en de Raad. In dat licht vinden zij het betreurenswaardig dat ondanks Aanbeveling 98/257/EG en Aanbeveling 2001/310/EG er in sommige geografische gebieden en bedrijfssectoren nog geen of slechts gebrekkig werkende ADR tot stand is gebracht, consumenten en ondernemers nog steeds niet op de hoogte zijn van de reeds bestaande mechanismen om buiten de rechtbank verhaal te halen en de kwaliteit van beschikbare ADR-procedures per lidstaat aanzienlijk verschilt en grensoverschrijdende geschillen door ADR-entiteiten vaak niet doeltreffend worden afgehandeld. Daarom moeten lidstaten ervoor gaan zorgen dat de onder deze richtlijn vallende geschillen<sup>188</sup> kunnen worden voorgelegd aan een 'gekwalficeerde' ADR-entiteit. Dit gaat als volgt in zijn werk.

Op grond van artikel 18 van de richtlijn dient elke lidstaat ten minste één 'bevoegde autoriteit' aan te wijzen. De op het grondgebied van die lidstaat gevestigde geschillenbeslechtingSENTiteiten kunnen zich bij deze bevoegde autoriteit aanmelden met het verzoek om te worden gekwalficeerd als 'ADR-entiteit' in de zin van de richtlijn. Uit artikel 19 Richtlijn ADR consumenten blijkt dat geschillenbeslechtinginstanties die in aanmerking willen komen voor de kwalificatie 'ADR-entiteit' bij deze aanmelding de volgende gegevens dienen te verstrekken aan de bevoegde autoriteit:

- a. hun naam, contactgegevens en internetadres;
- b. informatie over hun structuur en financiering, met inbegrip van informatie over de natuurlijke personen die zijn belast met de geschillenbeslechting, over hun vergoeding, over hun ambtstermijn en over hun werkgever;
- c. hun procedurevoorschriften;
- d. de verschuldigde vergoedingen, indien van toepassing;
- e. de gemiddelde duur van de geschillenbeslechtigingsprocedures;
- f. de taal of talen waarin klachten kunnen worden ingediend en de geschillenbeslechtigingsprocedure kan worden gevoerd;
- g. een verklaring betreffende de soorten geschillen waarvoor de geschillenbeslechtigingsprocedure geldt;
- h. de gronden waarop de geschillenbeslechtingSENTiteit mag weigeren een gegeven geschil in behandeling te nemen;
- i. een met redenen omklede verklaring of de entiteit kan worden gekwalficeerd als een ADR-entiteit in de zin van deze richtlijn en of zij voldoet aan de in hoofdstuk II van de richtlijn gestelde kwaliteitseisen.

Met name op basis van bovengenoemde gegevens zal de bevoegde autoriteit vervolgens beoordelen of de bij haar aangemelde geschillenbeslechtingSENTiteiten kunnen worden gekwalficeerd als ADR-entiteit in de zin van de richtlijn en of zij voldoen aan de in hoofdstuk II van de richtlijn en in nationale uitvoeringsbepalingen daarvan vermelde kwaliteitseisen.<sup>189</sup> Op basis van deze beoordeling dient de bevoegde autoriteit vervolgens een lijst op te stellen van alle ADR-entiteiten waarvan zij

188. Onder de richtlijn vallende geschillen zijn binnenlandse en grensoverschrijdende geschillen betreffende contractuele verbintenissen die voortvloeien uit verkoop- of dienstovereenkomsten tussen een in de Unie gevestigde ondernemer en een in de Unie woonachtige consument, zo blijkt uit artikel 2 lid 1 van de richtlijn. Zie echter ook lid 2 van voornoemd artikel, waarin een aantal uitzonderingen wordt genoemd.

189. Artikel 20 lid 1 Richtlijn ADR consumenten.

in kennis is gesteld en die voldoen aan de gestelde kwaliteitseisen, zo blijkt uit artikel 20 lid 2 van de Richtlijn ADR consumenten.

Blijkens overweging 20 van de considerans bij de richtlijn dient onder de richtlijn *“elke entiteit te vallen die op duurzame basis is opgericht, de beslechting van een geschil tussen een consument en een ondernemer door middel van een ADR-procedure aanbiedt en in de lijst volgens deze richtlijn is opgenomen”*. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt derhalve onder ‘ADR-entiteit’ verstaan *“een entiteit, ongeacht de benaming, die op duurzame basis is opgericht en de beslechting van een geschil door middel van een ADR-procedure aanbiedt en die is opgenomen in de lijst volgens artikel 20, lid 2”*.<sup>190</sup> Deze lijst dient de gegevens te bevatten die de ADR-entiteit bij zijn aanmelding aan de bevoegde autoriteit heeft verstrekt, de informatie op de lijst moet actueel worden gehouden en zowel de Europese Commissie als de bevoegde autoriteit dient de lijst via haar website aan het publiek beschikbaar te stellen, zo wordt onder meer in dit artikel voorgeschreven.

Verder is ervoor gekozen sommige van de in de Aanbeveling 98/257/EG en 2001/310/EG ontwikkelde beginselen bindend te maken voor ADR-entiteiten. Zo zijn er in hoofdstuk II van de richtlijn kwaliteitseisen opgenomen op het gebied van informatieverstrekking, deskundigheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid, transparantie en doeltreffendheid. Lidstaten dienen ervoor te gaan zorgen dat deze kwaliteitseisen in acht worden genomen bij alle ADR-procedures die door een bij de Commissie aangemelde ADR-entiteit worden uitgevoerd.<sup>191</sup> Meest in het oog springende nieuwe bepaling uit hoofdstuk II is de bepaling dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de ADR-procedure zowel online als offline beschikbaar is en gemakkelijk toegankelijk is voor beide partijen, ongeacht de plaats waar de partijen zich bevinden.<sup>192</sup> Consumenten moeten door ADR-entiteiten in staat worden gesteld online een klacht in te dienen en ook via die weg de nodige bewijsstukken te verzenden. Verder dienen lidstaten er ook voor te zorgen dat ADR-entiteiten grensoverschrijdende geschillen in behandeling nemen en aan partijen de mogelijkheid bieden tot uitwisseling van informatie langs elektronische weg.<sup>193</sup> ADR-procedures moeten voor consumenten kosteloos of tegen een geringe vergoeding toegankelijk zijn<sup>194</sup> en de uitkomst van de procedure moet binnen een termijn van 90 kalenderdagen vanaf de datum waarop de ADR-entiteit het volledige dossier van de klacht heeft ontvangen aan partijen beschikbaar worden gesteld.<sup>195</sup> Hierbij dient te worden opgemerkt dat de richtlijn toestaat dat deze termijn door de met de klacht belaste ADR-entiteit naar eigen goeddunken kan worden verlengd in het geval van zeer complexe geschillen.<sup>196</sup> Wat onder een ‘zeer complex geschil’ moet worden verstaan, maakt de Europese wetgever echter niet geheel duidelijk. In de preambule bij de richtlijn wordt hieromtrent opgemerkt dat een ADR-entiteit onder meer de termijn moeten kunnen verlengen teneinde de zaak in kwestie te kunnen onderzoeken, wanneer een van de partijen op gerechtvaardigde gronden niet in staat is aan de

190. Artikel 4 lid 1 onderdeel h Richtlijn ADR consumenten.

191. Overweging 37 van de preambule bij de Richtlijn ADR consumenten.

192. Artikel 8 onderdeel a Richtlijn ADR consumenten.

193. Artikel 5 lid 2 onderdeel a Richtlijn ADR consumenten.

194. Artikel 8 onderdeel c Richtlijn ADR consumenten.

195. Artikel 8 onderdeel e eerste zin Richtlijn ADR consumenten.

196. Artikel 8 onderdeel e tweede zin Richtlijn ADR consumenten.

ADR-procedure deel te nemen.<sup>197</sup> Andere voorbeelden worden in de richtlijn niet genoemd.

De in de richtlijn opgenomen kwaliteitseisen gelden in beginsel alleen voor de in de lijst van de bevoegde autoriteit opgenomen ADR-entiteiten. De richtlijn kan, indien de lidstaten aldus besluiten, echter eveneens van toepassing zijn op andere niet in de lijst van de bevoegde autoriteit opgenomen entiteiten voor geschillenbeslechting die de partijen bindende oplossingen opleggen, zo blijkt uit overweging 20 van de preambule bij de richtlijn. De richtlijn beoogt dan ook minimumharmonisatie en het staat lidstaten vrij om verdergaande eisen te stellen aan de instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, zo blijkt uit artikel 2 lid 3 van de richtlijn.

Zoals gezegd voorziet de Verordening ODR consumenten in de oprichting van een interactieve website. De verordening heeft tot doel om door middel van deze website (een Unie-breed ODR-platform) de onafhankelijke, onpartijdige, transparante, doeltreffende, snelle en billijke buitengerechtelijke onlinebeslechting van geschillen tussen consumenten en ondernemers die zijn voortgevloeid uit onlinetransacties te faciliteren.<sup>198</sup> Meer concreet moet het ODR-platform:

*“(...) algemene informatie verstrekken over de buitengerechtelijke beslechting van contractuele geschillen die voortvloeien uit de verkoop- of dienstenovereenkomsten via internet tussen consumenten en ondernemers. Het moet consumenten en ondernemers in staat stellen klachten in te dienen door het invullen van een in alle officiële talen van de instellingen van de Unie beschikbaar elektronisch klachtenformulier, en daar ter zake doende documentatie bij te voegen. Het moet de klachten doorgeleiden naar een ADR-entiteit die bevoegd is met betrekking tot het betrokken geschil. Het ODR- platform moet ook gratis een elektronische applicatie ter beschikking stellen die de ADR-entiteiten in staat stelt de geschillenbeslechtingsprocedure met de partijen te voeren via het ODR-platform.”<sup>199</sup>*

Onder ADR-entiteit in de zin van de Verordening ODR consumenten dient overigens hetzelfde te worden verstaan als een ADR-entiteit in de zin van de Richtlijn ADR consumenten, zo blijkt uit artikel 4 lid 1 onderdeel i van de verordening.

De verordening is van toepassing met ingang van 9 januari 2016 met uitzondering van artikel 2 lid 3 en artikel 7 lid 1 en 5 van de verordening, die van toepassing zijn met ingang van 9 juli 2015 en artikel 5 lid 1 en 7, artikel 6, artikel 7 lid 7, artikel 8 lid 3 en 4 en artikel 11, 16 en 17 van de verordening, die al met ingang van 8 juli 2013 van toepassing zijn.<sup>200</sup> De voorschriften die reeds met ingang van 8 juli 2013 van toepassing zijn betreffen enkel voorschriften die gericht zijn tot de Europese Commissie. Deze verordening is voorts alleen van toepassing op de buitengerechtelijke beslechting van geschillen over contractuele verplichtingen die voortvloeien uit verkoop- of dienstenovereenkomsten via internet tussen een in de Unie woonachtige consument en een in de Unie gevestigde ondernemer door tussenkomst van een ADR-entiteit die is opgenomen in de lijst overeenkomstig artikel 20 lid 2 Richtlijn 2013/11/EU en waarbij gebruik wordt gemaakt van het ODR-

197. Overweging 40 van de preambule bij de Richtlijn ADR consumenten.

198. Overweging 18 van de preambule bij en artikel 1 van de Verordening ODR consumenten.

199. Overweging 18 van de preambule bij de Verordening ODR consumenten.

200. Artikel 22 lid 2 Verordening ODR consumenten.

platform, zo blijkt uit artikel 2 lid 1 van de verordening. In het geval dat een klacht onder het toepassingsbereik van de verordening valt en deze door het ODR-platform is doorgeleid naar een ADR-entiteit, dient deze ADR-entiteit partijen onverwijld mede te delen:

*“(...) of zij ermee instemt dan wel weigert het geschil te behandelen overeenkomstig artikel 5, lid 4, van Richtlijn 2013/11/EU. De ADR-entiteit die ermee heeft ingestemd het geschil te behandelen, stelt de partijen tevens in kennis van haar procedurevoorschriften en, indien van toepassing, van de kosten van de betrokken geschillenbeslechtsprocedure.”<sup>201</sup>*

In het geval een ADR-entiteit overeenkomstig artikel 9 van de verordening heeft aanvaard een geschil te behandelen, geldt er een aantal regels. Artikel 10 van de verordening schrijft namelijk voor dat de ADR-entiteit in dat geval:

- a. de ADR-procedure voltooit binnen de termijn bedoeld in artikel 8 onderdeel e Richtlijn 2013/11/EU;
- b. niet verlangt dat de partijen of hun vertegenwoordigers fysiek aanwezig zijn, tenzij haar procedurevoorschriften in deze mogelijkheid voorzien en de partijen daarmee instemmen;
- c. onverwijld de volgende informatie aan het ODR-platform toezendt:
  - i. de datum van ontvangst van het klachtendossier;
  - ii. het voorwerp van het geschil;
  - iii. de datum van voltooiing van de ADR-procedure;
  - iv. het resultaat van de ADR-procedure;
- d. de ADR-procedure niet via het ODR-platform hoeft te voeren.

Overigens is het niet zo dat de Richtlijn ADR consumenten de lidstaten verplicht om in elke detailhandelsector een specifieke ADR-entiteit op te richten. De lidstaten kunnen, teneinde te zorgen voor volledige sectorale en geografische dekking bij en toegang tot ADR, voorzien in de oprichting van een ADR-entiteit die fungeert als vangnet voor de afhandeling van geschillen waarvoor geen specifieke ADR-entiteit bevoegd is, zo blijkt uit overweging 24 van de preambule bij de Richtlijn ADR consumenten.<sup>202</sup>

Voor financiële dienstverleners is artikel 14 lid 2 van de verordening nog van belang. Dit artikel bepaalt namelijk dat in de Unie gevestigde ondernemers die aan verkoop- of dienstenovereenkomsten via internet doen en die zich ertoe verbinden of gehouden zijn van de diensten van een of meer ADR-entiteiten gebruik te maken om geschillen met consumenten te beslechten, de consumenten dienen te informeren over het bestaan van het ODR-platform en de mogelijkheid om van het ODR-platform gebruik te maken voor het beslechten van hun geschillen. Voorts dienen zij op grond van dit artikel op hun websites te voorzien in een elektronische link naar het ODR-platform, en, indien de aanbieding via per e-mail wordt gedaan, in die e-mail. Ten slotte bepaalt dit artikel dat de informatie, indien van toepassing, ook

201. Artikel 9 lid 7 Verordening ODR consumenten.

202. Zie ook artikel 5 lid 3 Richtlijn ADR consumenten.

wordt verstrekt in de algemene voorwaarden die gelden voor verkoop- en dienstenovereenkomsten via internet.<sup>203</sup>

#### 4.5 **Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten**<sup>204</sup>

##### 4.5.1 **Algemeen**

Op 2 juli 2014 heeft de regering een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend ter implementatie van de in paragraaf 4.4 besproken Richtlijn ADR consumenten en ter uitvoering van de eveneens in die paragraaf besproken Verordening ODR consumenten.<sup>205</sup> Nadere bestudering van deze Implementatiewet leert allereerst dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de richtlijn niet te implementeren in bestaande wetten, maar via een nieuwe zelfstandige kaderwet. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat sommige richtlijnbepalingen uit de Richtlijn ADR consumenten geen wettelijke implementatie behoeven, bijvoorbeeld omdat de betreffende bepaling:

- een facultatieve bepaling is, waar geen gebruik van wordt gemaakt (artikel 6 lid 3);
- verplicht tot feitelijk handelen (artikel 6 lid 6 eerste zin);
- het doel van de richtlijn aangeeft en daarom geen implementatie behoeft (artikel 1);
- al elders in regelgeving is verankerd;
- het een verplichting tot een niet-doen betreft.<sup>206</sup>

*“Een voorbeeld van bepalingen die reeds in wetgeving zijn verankerd, betreffen de artikelen 5, lid 2, onderdeel f en artikel 17 lid 3 van de richtlijn. Hierin is kort gezegd bepaald dat instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting werken en samenwerken conform de voorschriften inzake de bescherming van persoonsgegevens die zijn neergelegd in Richtlijn 95/46/EG. De verwerking van persoonsgegevens door de Nederlandse instanties voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting wordt beheerst door de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). De richtlijn die in dit wetsvoorstel wordt geïmplementeerd, en artikel 5 van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEG L 281) geven geen aanleiding tot het vaststellen*

203. Zie voor een nadere bespreking van de richtlijn en de verordening Hondius 2012, p. 113-117; Santing-Wubs 2012, p. 109-117; Ernste 2013, p. 286-295; Dierick 2014, p. 14-20; Gascón Inchausti 2014, p. 197-208 en Verhage 2015, p. 70-76.

204. Implementatie van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG en uitvoering van de Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Implementatiewet).

205. Kamerstukken II 2013/14, 33982 (voorstel van wet).

206. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 8 en 30-31. Zie ook Aanwijzing 332 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 2011, 6602.

*van specifieke regels met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens door de bedoelde instanties.*<sup>207</sup>

In paragraaf 4.4 is ter sprake gekomen dat de in de Richtlijn ADR consumenten opgenomen eisen in beginsel alleen gelden voor in de lijst van de bevoegde autoriteit opgenomen ADR-entiteiten, maar dat lidstaten ook kunnen besluiten de richtlijn van toepassing te laten zijn op niet in die lijst opgenomen entiteiten voor geschillenbeslechting die de partijen bindende oplossingen opleggen en verdergaande eisen kunnen stellen aan instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting. De Nederlandse regering heeft daar echter niet voor gekozen, zo blijkt uit de memorie van toelichting:

*“Het uitgangspunt van de implementatie is gebonden implementatie. A fortiori bevat het wetsvoorstel geen nationale koppen. Er is zo dicht mogelijk aangesloten bij de tekst van de richtlijn. Van de door de richtlijn gelaten beleidsvrijheid is geen gebruik gemaakt, tenzij dit wenselijk was om aan te sluiten bij het in Nederland bestaande stelsel van buitengerechtelijke geschillenbeslechting.*

*(...)*

*In het wetsvoorstel is wel van de mogelijkheid gebruik gemaakt om instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting de keuze te laten voor het stellen van ontvankelijkheidseisen bij het beoordelen van ingediende klachten (artikel 5 lid 4 van de richtlijn en artikel 3 lid 2 van het wetsvoorstel). Dat sluit aan bij de huidige praktijk van de SGC, Kifid en de SKGZ.*<sup>208</sup>

De Implementatiewet “betreft in hoofdzaak bepalingen van publiekrechtelijke aard met betrekking tot de voorwaarden waaraan de procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting moeten voldoen en de wijze waarop en voorwaarden waaronder instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting als zodanig kunnen worden aangewezen”, zo wordt in de memorie van toelichting gesteld.<sup>209</sup> Wat met de in de memorie van toelichting gebruikte term ‘procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting’ wordt bedoeld blijkt uit artikel 1 lid 1 onderdeel g van de Implementatiewet. In dat artikel wordt een ‘procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting’ omschreven als “een procedure als bedoeld in artikel 2 die voldoet aan de vereisten van deze wet en door een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting in de zin van deze wet wordt uitgevoerd”. Het eerste lid van artikel 2 van de Implementatiewet bepaalt dat de Implementatiewet van toepassing is op “procedures tot buitengerechtelijke beslechting van binnenlandse en grensoverschrijdende geschillen die voortvloeien uit een koopovereenkomst of een overeenkomst tot het verrichten van diensten tussen een in Nederland gevestigde ondernemer en een in de Europese Unie woonachtige consument, door tussenkomst van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting die een oplossing voorstelt of oplegt, of die de partijen bijeenbrengt teneinde een minnelijke schikking te vergemakkelijken.”<sup>210</sup> Vergelijking van artikel 2 lid 2 onderdeel f van de Implementatiewet, waarin is bepaald dat deze wet niet van toepassing is op “pogingen van een rechter om een schikking te beproeven in het kader van een gerechtelijke procedure met

207. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 8-9.

208. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 8.

209. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 8.

210. Zie ook artikel 2 Richtlijn ADR consumenten; Ernste 2015, p. 13.

betrekking tot dat geschil” met artikel 2 lid 2 onderdeel f van de Richtlijn ADR consumenten, waarin is bepaald dat deze richtlijn niet van toepassing is op “*pogingen van een rechter om een geschil te beslechten in het kader van een gerechtelijke procedure met betrekking tot dat geschil*”, zou overigens tot de conclusie kunnen leiden dat er sprake is van onjuiste implementatie, omdat het beproeven van een schikking iets anders is dan het beslechten van een geschil. Het lijkt er echter eerder op dat de Nederlandse vertaling van de richtlijn tekortschiet en artikel 2 lid 2 onderdeel f van de Richtlijn ADR consumenten wel degelijk op de juiste wijze is geïmplementeerd. De Engelse tekst van artikel lid 2 onderdeel f van de Richtlijn ADR consumenten bepaalt namelijk dat:

*“This Directive shall not apply to:*

*(a) (...).*

*(f) attempts made by a judge to settle a dispute in the course of a judicial proceeding concerning that dispute;(...).”<sup>211</sup>*

Hierna zullen niet alle bepalingen uit de Implementatiewet worden besproken. Zo zullen onder meer artikel 11, 12, 13, 14 en 15 uit deze wet buiten beschouwing worden gelaten, omdat deze zich niet in het bijzonder richten tot instanties (die in aanmerking komen om te worden aangewezen als instantie) tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, maar gericht zijn tot anderen zoals de in de Implementatiewet genoemde ‘ondernemers’.

#### 4.5.2 Definities en toepassingsbereik

In de Implementatiewet wordt het begrip ‘consument’ als volgt omschreven:

*“(...) consument: iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen.”<sup>212</sup>*

Met een ‘instantie tot buitengerechtelijke geschilbeslechting’ wordt bedoeld op “een in Nederland gevestigde instantie, ongeacht de benaming, die op duurzame basis is opgericht en de beslechting van een geschil door middel van een procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting aanbiedt en die is aangewezen op grond van artikel 16 lid 1”, zo blijkt uit artikel 1 lid 1 onderdeel h van de Implementatiewet. Is voor een geschil geen specifieke instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting aanwezig, dan kan het geschil worden voorgelegd aan een daartoe specifiek door de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken ingestelde geschillencommissie, zo blijkt uit artikel 3 lid 1 van de Implementatiewet.

Artikel 16 lid 1 Implementatiewet bepaalt onder meer dat ‘Onze Minister die het aangaat’ een instantie kan “aanwijzen als instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting als bedoeld in deze wet of een aanwijzing” kan intrekken. In artikel 1 lid 1 onderdeel i van de Implementatiewet is de term “Onze Minister die het aangaat” uitgewerkt. Onder dit begrip wordt verstaan ‘Onze Minister op wiens beleidsterrein het onderwerp van

211. De Franse tekst luidt als volgt: “La présente directive ne s’applique pas: (...) f) aux tentatives faites par le juge saisi d’un litige pour régler celui-ci au cours de la procédure judiciaire.”

212. Zie artikel 1 lid 1 onderdeel a Implementatiewet.



*geschil ligt*'. In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet wordt opgemerkt dat de 'Minister op wiens beleidsterrein het onderwerp van geschil ligt' de 'bevoegde autoriteit' in de zin van artikel 4 lid 1 onderdeel i Richtlijn 2013/11/EU is.<sup>213</sup>

Instanties die voor aanwijzing als instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting in aanmerking wensen te komen dienen daartoe een aanvraag in te dienen bij de 'Minister die het aangaat'. Zij dienen daarbij de in artikel 17 lid 1 onderdeel a-j van de Implementatiewet genoemde informatie te verstrekken. De onderdelen a-i, komen overeen met de hiervoor in paragraaf 4.4 genoemde onderdelen a-i van artikel 19 Richtlijn 2013/11/EU.

*"Onderdeel j is aan het wetsvoorstel toegevoegd. Hierin is bepaald dat aan een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting ook andere eisen kunnen worden gesteld, teneinde voor aanwijzing in aanmerking te komen. Dit in overeenstemming met de richtlijn, die in deze ruimte voorziet in artikel 20, lid 1, slot. (...)*

*(...)*

*Een voorbeeld van verdergaande regelingen dan die in het wetsvoorstel zijn voorzien, zijn maatregelen omtrent de samenstelling van een bestuur van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Ook kan worden gedacht aan eisen met betrekking tot verdergaande rapportageverplichtingen, bijvoorbeeld een keer per jaar in plaats van een keer per twee jaar (zie artikel 18 van het wetsvoorstel hierna)."*<sup>214</sup>

De minister die het aangaat, zal op basis van deze informatie beoordelen of een instantie in aanmerking komt voor een aanwijzing als bedoeld in artikel 16 lid 1 Implementatiewet.<sup>215</sup>

In het licht van het voorgaande kan worden opgemerkt dat Kifid gezien zijn uitspraken<sup>216</sup> en procesreglementen<sup>217</sup> in de regel klachten behandelt die binnen het toepassingsbereik van de Implementatiewet vallen.<sup>218</sup> Omdat de omschrijving van het in de Implementatiewet gehanteerde begrip 'consument' niet overeenstemt met het (niet dwingendrechtelijk) begrip 'Consument' in de statuten en reglementen van Kifid, komt het voor dat Kifid ook klachten behandelt van afnemers van een Financiële dienst die niet tevens consument zijn in de zin van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten. Om te voorkomen dat verschillende regimes met betrekking tot de geschillenbeslechting van toepassing zijn afhankelijk van de partij bij het geschil, bepaalt artikel 44a BGfo dat de beslechting van geschillen als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wft met overeenkomstige toepassing van de bepalingen van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten geschiedt, ook in het geval waarin de

213. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 13 en 32.

214. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 25.

215. Artikel 17 lid 2 Implementatiewet.

216. [www.kifid.nl/consumenten/uitspraken](http://www.kifid.nl/consumenten/uitspraken).

217. Het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) en het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Kifid), [www.kifid.nl/kifid/publicaties/statuten-en-reglementen](http://www.kifid.nl/kifid/publicaties/statuten-en-reglementen).

218. Kifid behandelt namelijk in de regel klachten die voortvloeien uit een overeenkomst tot het verrichten van diensten tussen in Nederland gevestigde ondernemers en in de Europese Unie woonachtige consumenten.

cliënt, consument en/of deelnemer buiten de Europese Unie woonachtig of gevestigd is.<sup>219</sup>

#### 4.5.3 Aan instanties en procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting gestelde eisen

Artikel 17 lid 1 onderdeel i van de Implementatiewet schrijft voor dat een instantie die voor aanwijzing als ‘instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting’ in aanmerking wenst te komen een met redenen omklede verklaring verstrekt waaruit blijkt of zij kan worden gekwalificeerd als een ‘instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting’ in de zin van de Implementatiewet en of zij voldoet aan de in hoofdstuk 2 van de Implementatiewet gestelde kwaliteitseisen.<sup>220</sup> Deze kwaliteitseisen komen overeen met de kwaliteitseisen uit hoofdstuk II van de Richtlijn ADR consumenten, zo blijkt ook uit de in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet opgenomen transponeringstabel.<sup>221</sup>

Zo stelt de wetgever in hoofdstuk II van de Implementatiewet grenzen aan het aantal gronden waarop instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting mogen weigeren geschillen te behandelen. De wetgever onderkent dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting valide redenen kan hebben om een bepaald geschil niet in behandeling te nemen en de consument in zijn verzoek tot geschillenbeslechting niet-ontvankelijk te verklaren. Om te voorkomen dat instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting weigeringsgronden hanteren die de toegang van consumenten tot ADR-procedures aanzienlijk belemmeren, heeft de wetgever in artikel 3 lid 2 van de Implementatiewet voorzien in een limitatieve<sup>222</sup> opsomming van weigeringsgronden. Een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting mag in haar procesreglement bepalen een geschil niet te behandelen op een of meer van de volgende gronden:

- “a. de consument heeft niet geprobeerd contact op te nemen met de betrokken ondernemer om zijn klacht te bespreken en te trachten het probleem in eerste instantie rechtstreeks met de ondernemer op te lossen;
- b. het geschil is van gering belang of vexatoir;
- c. het geschil is reeds eerder door een andere instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting of door een rechter in behandeling genomen;
- d. de waarde van de vordering valt onder of boven een vooraf vaststaand drempelbedrag;
- e. de consument heeft zijn klacht niet binnen een vooraf vaststaande termijn aan de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting voorgelegd; deze termijn wordt niet bepaald op minder dan een jaar vanaf de datum waarop de consument een klacht bij de ondernemer indiende;
- f. de behandeling van een dergelijk geschil zou de effectieve werking van de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting anderszins ernstig in het gedrang brengen.”<sup>223</sup>

219. Stb. 2015, 250, p. 2 en 8.

220. Zie ook artikel 19 onderdeel i Richtlijn 2013/11/EU.

221. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 30.

222. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 16.

223. Artikel 3 lid 2 Implementatiewet.

In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet is opgemerkt dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting in deze gronden moet hebben voorzien in haar procesreglement, wil zij zich hierop kunnen beroepen.<sup>224</sup> Voorts blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat onderdeel c ertoe strekt te voorkomen dat een in het ongelijk gestelde consument naar een andere instantie kan gaan om aldaar zijn geluk opnieuw te beproeven.<sup>225</sup>

Overigens mogen de hiervoor in lid 2 genoemde weigeringsgronden de toegang van consumenten tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting niet aanzienlijk belemmeren, zo blijkt uit het vierde lid van artikel 3 van de Implementatiewet. Het derde lid van dit artikel schrijft voor dat wanneer een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting een geschil dat aan haar is voorgelegd om een van voornoemde in haar procesreglement opgenomen gronden niet in behandeling kan nemen, zij binnen drie weken na ontvangst van het volledige klachtdossier aan beide partijen een gemotiveerde toelichting van de redenen om het geschil niet in behandeling te nemen dient te verstrekken.

Artikel 4 van de Implementatiewet benoemt de kwaliteitseisen waaraan een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting moet voldoen, om de toegang van de consument tot deze instantie te optimaliseren. De insteek daarbij is om zo veel mogelijk elektronisch te organiseren, aldus de memorie van toelichting.<sup>226</sup> Van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting wordt allereerst verlangd dat zij een geactualiseerde website dient te onderhouden. Deze website dient partijen gemakkelijk toegang te bieden tot informatie betreffende de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting. De instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting dient deze informatie op een duurzame gegevensdrager te verstrekken indien daar door een partij om wordt verzocht. De website moet consumenten ook in staat stellen om elektronisch een klacht in te dienen en de nodige bewijsstukken te verzenden.<sup>227</sup>

Het begrip 'duurzame gegevensdrager' is overgenomen uit de Richtlijn ADR consumenten. Een definitie van het begrip is in deze richtlijn echter niet te vinden. Duidelijkheidshalve is het begrip in artikel 1 lid 1 onderdeel j Implementatiewet als volgt gedefinieerd:

*"(...) ieder hulpmiddel dat de consument of de ondernemer in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is aangepast aan het doel waarvoor de informatie is bestemd, en die een ongewijzigde weergave van de opgeslagen informatie mogelijk maakt; (...)."*

De memorie van toelichting zegt hierover het volgende:

*"Met deze definitie wordt aangesloten bij de definities in andere EU-richtlijnen, waaronder de timesharerichtlijn en de richtlijn consumentenrechten. Als niet-uitputtende lijst van voorbeelden van duurzame gegevensdragers kan worden genoemd*

224. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 16.

225. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 6, p. 16.

226. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 17.

227. Artikel 4 onderdeel a en b Implementatiewet. Zie ook artikel 5 lid 2 onderdeel a en b Richtlijn 2013/11/EU.

*papier, usb-sticks, cd-rom's, dvd's, geheugenkaarten, harde schijven van computers en e-mails. Bij nieuwe dragers heeft het Hof van Justitie in zijn uitspraak van 5 juli 2012 (HvJ 5 juli 2012, C-49/11, Content Services) overwogen dat beoordeeld moet worden dat die nieuwe drager waarborgt dat de consument, op dezelfde manier als in geval van een papieren drager de verplichte vermelde informatie in bezit krijgt, zodat een consument, in voorkomend geval, zijn rechten kan doen gelden.*"<sup>228</sup>

Artikel 6 van de Implementatiewet behelst eisen aan de instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, opdat consument en ondernemer worden geïnformeerd over hun bestaan en wijze van functioneren, aldus de memorie van toelichting.<sup>229</sup>

Op grond van het eerste lid van dit artikel dient een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting op haar website, op een duurzame gegevensdrager indien daarom wordt verzocht, en op elke andere wijze die zij geschikt, duidelijk en gemakkelijk te begrijpen acht, de volgende informatie voor het publiek toegankelijk te maken:

- a. haar contactgegevens, waaronder postadres en e-mailadres;
- b. het feit dat zij is opgenomen in de lijst volgens artikel 19 lid 1 van de Implementatiewet;
- c. welke natuurlijke personen belast zijn met de geschillenbeslechting, hoe deze worden aangewezen en wat de duur van hun ambtstermijn is;
- d. of zij, voor zover van toepassing, is aangesloten bij netwerken van instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting ter vergemakkelijking van de grensoverschrijdende geschillenbeslechting;
- e. voor de behandeling van welke soorten geschillen zij bevoegd is, inclusief elke toepasselijke drempel;
- f. welke procedurevoorschriften op de beslechting van een geschil van toepassing zijn en op welke gronden de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting mag weigeren een gegeven geschil te behandelen overeenkomstig artikel 3 lid 2 van de Implementatiewet;
- g. in welke taal of talen klachten bij de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting kunnen worden ingediend en in welke talen de procedure wordt gevoerd;
- h. op welke soorten voorschriften de instantie zich bij de geschillenbeslechting kan baseren;
- i. welke stappen de partijen eventueel vooraf moeten zetten voordat een procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting kan worden ingeleid, met inbegrip van een poging door de consument om met de ondernemer rechtstreeks tot een schikking van de zaak te komen;
- j. of de partijen zich uit de procedure kunnen terugtrekken;
- k. welke kosten in voorkomend geval voor rekening van partijen komen, met inbegrip van de regels inzake de verwijzing in de kosten aan het einde van de procedure;
- l. hoe lang de procedure gemiddeld duurt;

<sup>228.</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 13.

<sup>229.</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 18.

- m. welke rechtsgevolgen de uitkomst van de procedure heeft, met inbegrip van de sancties op het niet-naleven in het geval van een beslissing met bindende werking voor de partijen, voor zover van toepassing; en
- n. in hoeverre, voor zover ter zake doend, de beslissing in een procedure ten uitvoer kan worden gelegd.

In verband met deze eisen kan het volgende worden opgemerkt over de website van Kifid. De contactgegevens, waaronder postadres en e-mailadres, zijn toegankelijk door op de homepage van Kifid op de knop 'Contact' te klikken, waarna er wordt doorgelinkt naar [www.kifid.nl/kifid/contact](http://www.kifid.nl/kifid/contact),<sup>230</sup> alwaar het post-, bezoek- en e-mailadres wordt weergegeven. Kifid maakt via zijn website ook voor het publiek toegankelijk welke natuurlijke personen zijn belast met de geschillenbeslechting.<sup>231</sup> Wat de duur van hun ambtstermijn is, hoe zij worden aangewezen en voor de behandeling van welke soorten geschillen zij bevoegd zijn, inclusief elke toepasselijke drempel, is terug te vinden in de statuten en reglementen, die op de website raadpleegbaar zijn.<sup>232</sup> Hetzelfde geldt voor de informatie vermeld in artikel 6 lid 1 onderdeel f-k van de Implementatiewet. Ook deze informatie is terug te vinden in de statuten en reglementen, zij het dat (nog) niet wordt aangegeven in welke talen de procedure wordt gevoerd. Hoe lang de procedure gemiddeld duurt wordt onder meer vermeld in het jaarverslag, dat via de website geraadpleegd kan worden.<sup>233</sup> Op de website is voorts informatie te vinden waaruit blijkt dat Kifid is aangesloten bij FIN-NET.<sup>234</sup> Welke rechtsgevolgen de uitkomst van een procedure bij Kifid heeft, wordt vermeld op [www.kifid.nl/consumenten/bindend-niet-bindend](http://www.kifid.nl/consumenten/bindend-niet-bindend).<sup>235</sup>

Instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting dienen voorts jaarlijkse activiteitenverslagen voor het publiek toegankelijk te maken. Ook dit dient te gebeuren via hun website en op verzoek via een duurzame gegevensdrager en kan voorts nog worden verstrekt op elke andere wijze die de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting geschikt acht. Deze verslagen dienen ten minste de volgende informatie met betrekking tot zowel binnenlandse als grensoverschrijdende geschillen te bevatten:

- a. het aantal voorgelegde geschillen en de soorten klachten waarop zij betrekking hebben;*
- b. eventuele systematische of aanzienlijke, veelvuldig voorkomende problemen die leiden tot geschillen tussen consumenten en ondernemers;*
- c. het percentage geschillen dat de instantie heeft geweigerd te behandelen en het procentuele aandeel van de soorten gronden voor weigering, bedoeld in artikel 3 lid 2;*
- d. het procentuele aandeel van de procedures die zijn stopgezet en, voor zover bekend, de redenen van stopzetting;*

230. Laatst geraadpleegd op 30 augustus 2015.

231. [www.kifid.nl/kifid/organisatie](http://www.kifid.nl/kifid/organisatie), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

232. [www.kifid.nl/kifid/statuten-en-reglementen](http://www.kifid.nl/kifid/statuten-en-reglementen), laatst geraadpleegd op 30 augustus 2015.

233. Jaarverslag Kifid 2014, p. 14, [www.kifid.nl/kifid/publicaties/jaarverslagen](http://www.kifid.nl/kifid/publicaties/jaarverslagen), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

234. [www.kifid.nl/consumenten/klacht-tegen-een-buitenlandse-dienstverlener](http://www.kifid.nl/consumenten/klacht-tegen-een-buitenlandse-dienstverlener), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

235. Laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

- e. de gemiddelde tijd die de beslechting van geschillen in beslag heeft genomen;*
- f. voor zover bekend, het percentage van de gevallen waarin de uitkomsten van de procedures zijn nageleefd;*
- g. of er, voor zover van toepassing, sprake was van samenwerking binnen netwerken van instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting ter vergemakkelijking van de beslechting van grensoverschrijdende geschillen.”<sup>236</sup>*

Deze in artikel 6 lid 2 Implementatiewet gestelde eisen worden ook gesteld in artikel 7 lid 2 onderdeel b Richtlijn ADR consumenten. De hiervoor onder b bedoelde informatie “kan vergezeld gaan van aanbevelingen over de wijze waarop dergelijke problemen in de toekomst kunnen worden vermeden of opgelost, opdat ondernemers de lat steeds hoger leggen en de uitwisseling van informatie en beste praktijken wordt gefaciliteerd”, zo wordt in artikel 7 lid 2 onderdeel b van de Richtlijn ADR consumenten opgemerkt.<sup>237</sup>

Van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting wordt ook verlangd dat zij partijen de mogelijkheid biedt onderling informatie uit te wisselen langs elektronische weg.<sup>238</sup>

Hoewel zoals gezegd de insteek is om zo veel mogelijk elektronisch te organiseren, dient een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten ook in staat te stellen een klacht anders dan elektronisch in te dienen en partijen de mogelijkheid te bieden onderling informatie uit te wisselen per post.<sup>239</sup>

In artikel 4 onderdeel e van de Implementatiewet is bepaald dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting zowel binnenlandse als grensoverschrijdende geschillen in behandeling dient te nemen, met inbegrip van geschillen die vallen onder Verordening (EU) 524/2013. Laatstgenoemde geschillen zijn geschillen over contractuele verplichtingen die voortvloeien uit verkoop- of dienstenovereenkomsten via internet tussen een in de Unie woonachtige consument en een in de Unie gevestigde ondernemer, zo blijkt uit artikel 2 lid 1 van deze verordening. Het ROGFD sluit niet uit dat Kifid ook grensoverschrijdende geschillen in behandeling neemt, mits op het onderwerp van die Klacht Nederlands recht van toepassing is.<sup>240</sup>

In artikel 5 van de Implementatiewet worden eisen gesteld betreffende deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Gezien het eerste lid van dit artikel dient de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting ervoor zorg te dragen dat de met de buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen binnen haar organisatie:

- “a. over de noodzakelijke kennis en vaardigheden beschikken op het gebied van buitengerechtelijke of gerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, alsmede over een algemeen begrip van het recht;*
- b. worden aangewezen voor een ambtstermijn die voldoende lang is om de onafhankelijkheid van hun optreden te verzekeren en dat zij niet zonder geldige reden van hun taken kunnen worden ontheven;*

236. Artikel 6 lid 2 Implementatiewet.

237. Vgl. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 19.

238. Artikel 4 onderdeel d Implementatiewet. Zie ook artikel 5 lid 2 onderdeel d Richtlijn 2013/11/EU.

239. Artikel 4 onderdeel c en d Implementatiewet. Zie ook artikel 5 lid 2 onderdeel c en d Richtlijn 2013/11/EU.

240. Artikel 3 en 6.1 ROGFD.

- c. niet gehouden zijn instructies van een van beide partijen of hun vertegenwoordigers aan te nemen;*
- d. een vergoeding ontvangen die niet met de uitkomst van de procedure verband houdt;*
- e. de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting onverwijld in kennis stellen van alle omstandigheden die van invloed kunnen zijn, of kunnen worden gezien als zijnde van invloed, op hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid of aanleiding kunnen geven tot een belangenconflict met een van de partijen bij het geschil dat hun ter beslechting wordt voorgelegd. De verplichting tot openbaarmaking blijft gedurende de gehele procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting bestaan.”*

De eisen uit artikel 5 lid 1 van de Implementatiewet zijn rechtstreeks overgenomen uit artikel 6 lid 1 van de Richtlijn ADR consumenten. Ten aanzien van deze eisen valt het volgende op te merken.

In de memorie van toelichting en de preambule bij de Richtlijn ADR consumenten is geen antwoord te vinden op de vraag wat onder een “*ambtstermijn die voldoende lang is om de onafhankelijkheid van hun optreden te verzekeren*” dient te worden verstaan. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het in bovengenoemd onderdeel e genoemde belangenconflict “*zou kunnen bestaan in een financieel belang, rechtstreeks of niet rechtstreeks, bij de uitkomst van de procedure, of enige persoonlijke of zakelijke relatie met één van de partijen. In overweging 34 bij de richtlijn wordt hieraan toegevoegd «gedurende de drie jaar die voorafgaan aan het tijdstip van de bekleeding van het ambt». Deze termijn kan derhalve als indicatie dienen bij de beantwoording van de vraag of een persoon als onpartijdig en onafhankelijk wordt beschouwd.*”<sup>241</sup>

Ook de in artikel 5 onderdeel a Implementatiewet genoemde eis dat de met de buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen binnen haar organisatie over de noodzakelijke kennis en vaardigheden dienen te beschikken op het gebied van buitengerechtelijke of gerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, alsmede over een algemeen begrip van het recht, is niet nader toegelicht in de parlementaire stukken ter zake de Implementatiewet. Uit overweging 36 van de preambule bij de Richtlijn ADR consumenten blijkt evenwel dat deze personen in ieder geval over de nodige kennis van juridische aangelegenheden dienen te beschikken om de juridische implicaties van het geschil te kunnen doorgronden, zonder een gekwalificeerd juridisch beroepsbeoefenaar te hoeven zijn. Gezien artikel 6 lid 6 Richtlijn ADR consumenten dienen lidstaten instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting aan te moedigen om in opleiding voor de met de ADR belaste natuurlijke personen te voorzien. In het geval dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting voorziet in een opleidingsprogramma ten behoeve van de met de buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen, zal de minister die het aangaat daar toezicht op houden op basis van de informatie die een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting op grond van artikel 18 Implementatiewet aan hem gehouden is te verstrekken. Op grond van dit artikel dient een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting ten minste iedere twee jaar de volgende gegevens aan de minister die het aangaat te verstrekken:

241. Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3, p. 18.

- “a. het aantal voorgelegde geschillen en het soort klachten waarop zij betrekking hebben;*
- b. het procentuele aandeel procedures die zonder uitkomst zijn stopgezet;*
- c. de gemiddelde tijd die nodig was voor de beslechting van de voorgelegde geschillen;*
- d. voor zover bekend, het percentage gevallen waarin de uitkomsten van de procedures zijn nageleefd;*
- e. eventuele systematische of aanzienlijke, veelvoorkomende problemen die leiden tot geschillen tussen consumenten en ondernemers;*
- f. in voorkomend geval, een beoordeling van de doeltreffendheid van hun samenwerking binnen netwerken van instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting ter vergemakkelijking van de beslechting van grensoverschrijdende geschillen;*
- g. in voorkomend geval, de opleiding die overeenkomstig artikel 5 lid 6 aan met de geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen wordt verstrekt;*
- h. een evaluatie van de doeltreffendheid van de door de instantie aangeboden procedure en van de mogelijke manieren om de prestaties daarvan te verbeteren.”*

Hiermee is artikel 19 lid 3 Richtlijn ADR consumenten geïmplementeerd, waarbij echter dient te worden aangetekend dat in onderdeel e van die bepaling wordt opgemerkt dat de in verband met dat onderdeel medegedeelde informatie vergezeld kan *“gaan van aanbevelingen over de wijze waarop dergelijke problemen in de toekomst kunnen worden vermeden of opgelost”*. Deze opmerking is niet terug te vinden in de Implementatiewet, noch in de memorie van toelichting. Omdat het hier gaat om een facultatieve bepaling, kan echter niet worden gezegd dat Nederland op dit punt is tekortgeschoten in een juiste implementatie van de richtlijn.

Artikel 6 lid 2 van de Richtlijn ADR consumenten is geïmplementeerd in artikel 5 lid 2 en 3 van de Implementatiewet. Krachtens artikel 5 lid 2 Implementatiewet dienen Instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting over procedures te beschikken die ingeval er sprake is van de in artikel 5 lid 1 onderdeel e Implementatiewet bedoelde omstandigheden waarborgen dat:

- “a. de betrokken natuurlijke persoon wordt vervangen door een andere natuurlijke persoon die met het voeren van de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting wordt belast; of als dat niet mogelijk is,*
- b. de betrokken natuurlijke persoon ervan afziet de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting te voeren en dat, indien mogelijk, de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting de partijen voorstelt het geschil voor te leggen aan een andere instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting die bevoegd is om het geschil te behandelen; of als dat niet mogelijk is,*
- c. de omstandigheden ter kennis van de partijen worden gebracht en de betrokken natuurlijke persoon alleen toestemming heeft om de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting voort te zetten indien de partijen, na in kennis te zijn gesteld van de omstandigheden en van hun recht bezwaar te maken, geen bezwaar hebben gemaakt.”*

Artikel 5 lid 3 van de Implementatiewet bepaalt dat artikel 5 lid 1 onderdeel e en artikel 5 lid 2 onderdeel a niet van toepassing zijn op de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting die uit één natuurlijke persoon bestaat.



Het bepaalde in artikel 6 lid 4 van de Richtlijn ADR consumenten is geïmplementeerd in artikel 5 lid 4 van de Implementatiewet. Deze bepaling luidt als volgt:

*“De met de buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen die uitsluitend in dienst zijn van of uitsluitend een vergoeding ontvangen van een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan de ondernemer betrokken in het geschil lid is, voldoen aan de vereisten van leden 1 en 5, en beschikken over een afzonderlijk, specifiek en voor de vervulling van hun taken toereikend budget. Dit lid is niet van toepassing indien de betrokken natuurlijke personen deel uitmaken van een collegiaal orgaan waarin een gelijk aantal vertegenwoordigers zitting heeft van de beroeps- of bedrijfsorganisatie waarbij zij in dienst zijn of waarvan zij een vergoeding ontvangen, enerzijds, en van consumentenorganisaties, anderzijds.”*

Artikel 5 lid 5 van de Implementatiewet schrijft voor dat instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting waarbij de met de geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen deel uitmaken van een collegiaal orgaan (dat wil zeggen een orgaan dat uit meer dan één persoon bestaat)<sup>242</sup> erin dienen te voorzien dat in dit orgaan een gelijk aantal vertegenwoordigers van consumentenbelangen en vertegenwoordigers van ondernemersbelangen zitting heeft. Dit betekent naar mijn mening niet dat het op grond van de Implementatiewet verplicht is om in een geschillenbeslechtend orgaan dat uit meer dan één persoon bestaat steeds vertegenwoordigers van consumentenbelangen en vertegenwoordigers van ondernemersbelangen op te nemen. Een dergelijke verplichting vloeit ook niet uit de Richtlijn ADR consumenten voort. Het is mijns inziens eerder zo dat indien er in een collegiaal orgaan vertegenwoordigers van consumentenbelangen en vertegenwoordigers van ondernemersbelangen zitting hebben, beide groepen paritair vertegenwoordigd dienen te zijn. Overigens dienen overheidsambtenaren te worden beschouwd als vertegenwoordigers van de belangen van zowel consumenten als ondernemers, zo blijkt uit de richtlijn.<sup>243</sup>

Op grond van artikel 7 van de Implementatiewet dienen instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting er in hun procesreglement zorg voor te dragen:

*“(…) dat de procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting doeltreffend zijn en voldoen aan de volgende vereisten:*

- a. de procedure is zowel elektronisch als niet elektronisch beschikbaar en gemakkelijk toegankelijk voor beide partijen, ongeacht de plaats waar de partijen zich bevinden;*
- b. de partijen hebben toegang tot de procedure zonder verplicht te zijn van een advocaat of een juridisch adviseur gebruik te maken, maar de procedure ontnemt de partijen niet het recht om in enig stadium van de procedure onafhankelijk advies in te winnen of zich door een derde te laten vertegenwoordigen of te laten bijstaan;*
- c. de procedure is voor consumenten kosteloos of tegen een geringe vergoeding beschikbaar;*
- d. de instantie die een klacht heeft ontvangen, brengt de partijen bij het geschil op de hoogte zodra zij alle documenten met de relevante informatie over de klacht heeft ontvangen;*

242. Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3, p. 18.

243. Overweging 24 van de preambule bij de Richtlijn ADR consumenten, PbEU 2013, L 165/65.

*e. de uitkomst van de procedure wordt beschikbaar gesteld binnen een termijn van 90 kalenderdagen vanaf de datum waarop de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting het volledige dossier van de klacht heeft ontvangen. In het geval van zeer complexe geschillen kan de met de klacht belaste instantie de termijn van 90 kalenderdagen verlengen. De partijen worden van elke verlenging van die termijn op de hoogte gesteld, alsmede van de tijd die nodig wordt geacht om het geschil te kunnen beëindigen.”*

De leden van de CDA-fractie van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie hebben de regering gevraagd of de verlenging van de hiervoor onder e genoemde termijn van de beslechting van een klacht door een instantie ongelimiteerd is of beperkt is tot een eenmalige verlening van de termijn van 90 kalenderdagen.<sup>244</sup> Gezien de tekst van artikel 8 onderdeel e van de Richtlijn ADR consumenten en artikel 7 onderdeel e van de Implementatiewet lijkt het erop dat de verlenging van deze termijn ongelimiteerd is. In deze artikelen is immers opgenomen dat partijen ‘van elke verlenging van die termijn op de hoogte’ dienen te worden gesteld, hetgeen impliceert dat die termijn kan worden verlengd.

Artikel 8 van de Implementatiewet ziet, zo wordt in de memorie van toelichting opgemerkt, op de billijkheid van procedures en stelt eisen aan het procesreglement van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting die erop gericht zijn te bewerkstelligen dat een consument en ondernemer goed worden geïnformeerd over de voorwaarden waaronder zij de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting aangaan.<sup>245</sup> Op grond van het eerste lid van dit artikel dienen instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting er in hun procesreglement zorg voor te dragen dat in procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting:

- “a. de partijen de mogelijkheid hebben om, binnen een redelijke termijn, hun standpunt kenbaar te maken, in kennis worden gesteld van alle argumenten, bewijsstukken, documenten en feiten die door de andere partij naar voren worden gebracht, alsmede van eventuele door deskundigen afgelegde verklaringen en ingenomen standpunten, en om daarop te reageren;*
- b. de partijen ervan in kennis worden gesteld dat zij niet verplicht zijn gebruik te maken van een advocaat of juridisch adviseur maar dat zij in elk stadium van de procedure onafhankelijk advies kunnen inwinnen of zich door een derde kunnen laten vertegenwoordigen of laten bijstaan;*
- c. de partijen schriftelijk of op een duurzame gegevensdrager van de uitkomst van de procedure in kennis worden gesteld, alsmede van de redenen waarop de uitkomst is gebaseerd.”*

Artikel 8 lid 2 van de Implementatiewet stelt specifieke eisen aan procedures, waarin geen bindende oplossing wordt opgelegd, maar een oplossing wordt voorgesteld, zoals procedures tot bemiddeling/mediation. Instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting dienen er in hun procesreglement voor zorg voor te dragen:

244. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 5, p. 7.

245. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 19.

*“(…) dat in procedures die zijn gericht op beslechting van het geschil door het voorstellen van een oplossing:*

*a. partijen, voor de aanvang van de procedure in kennis worden gesteld van hun recht zich in elk stadium uit de procedure terug te trekken, indien zij ontevreden zijn over de wijze waarop de procedure verloopt of wordt gevoerd. Indien de ondernemer verplicht is deel te nemen aan procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, geldt dit alleen voor de consument;*

*b. partijen, voordat zij met de voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over het feit dat:*

*i. zij de keuze hebben om al dan niet met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven;*

*ii. de deelname aan de procedure de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden onverlet laat;*

*iii. de voorgestelde oplossing kan verschillen van een door een rechter aan de hand van wettelijke regels bepaalde uitkomst;*

*c. partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over de rechtsgevolgen hiervan;*

*d. partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing of minnelijke schikking instemmen, voldoende tijd krijgen om over het voorstel na te denken.”*

Hiermee zijn de eerste twee leden van artikel 9 van de Richtlijn ADR consumenten geïmplementeerd. In hoofdstuk 5 zal worden gezien of de procesreglementen van Kifid voldoen aan de in artikel 7 en 8 gestelde eisen.

Artikel 10 van de Richtlijn ADR consumenten is geïmplementeerd in artikel 9 van de Implementatiewet. Artikel 9 lid 1 Implementatiewet luidt als volgt:

*“Een vóór het ontstaan van het geschil gesloten overeenkomst tussen een consument en een ondernemer om geschillen voor te leggen aan een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting kan niet aan de consument worden tegengeworpen, indien die overeenkomst tot gevolg heeft dat de consument het recht wordt ontnomen zich voor de beslechting van het geschil tot de rechter te wenden. Van dit lid kan niet ten nadele van de consument worden afgeweken.”*

Een ondernemer kan, gezien deze bepaling, derhalve geen rechten ontleen aan een vóór het ontstaan van een geschil tussen een consument en een ondernemer gesloten overeenkomst om geschillen voor te leggen aan een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting.

Artikel 9 lid 2 is belangrijk met het oog op de bevoegdheid van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Daarin wordt namelijk bepaald dat een beslissing, gegeven in een procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, alleen bindend kan zijn voor partijen als partijen vooraf zijn geïnformeerd over het bindende karakter van die beslissing en zij daarmee uitdrukkelijk hebben ingestemd. In zijn algemeenheid geldt dat alternatieve geschillenbeslechting per definitie een vorm van geschiloplossing is die berust op de instemming van de betrokken partijen en dat dus de onderwerping van partijen aan een bindend oordeel van Kifid vrijwillig en ondubbelzinnig dient te gebeuren, omdat zij daarmee afstand

doen van het recht op toegang tot de bij de wet ingestelde gerechten als bedoeld in artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet.<sup>246</sup>

In de memorie van toelichting is opgemerkt dat het wetsvoorstel niet regelt wie partijen informeert over het bindende karakter van de beslissing en evenmin op welke wijze moet zijn ingestemd.<sup>247</sup> De eis dat partijen uitdrukkelijk dienen te hebben ingestemd met het bindende karakter van een beslissing van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting lijkt naar mijn mening echter uit te sluiten dat stilzwijgend wordt ingestemd met het bindende karakter.<sup>248</sup> Het is daarom raadzaam dat instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten in klachtenformulieren, expliciet verzoeken om instemming met het bindende karakter van de uitspraken, zo wordt ook in de memorie van toelichting gesteld.<sup>249</sup>

Artikel 10 van de Implementatiewet zal worden besproken in paragraaf 4.7.4 vanwege de samenhang met het in die paragraaf besproken onderwerp. Zoals in paragraaf 4.5.1 reeds aangegeven zullen artikel 11, 12, 13, 14 en 15 van de Implementatiewet buiten beschouwing worden gelaten.

De eerste twee leden van artikel 17 van de Implementatiewet zijn hiervoor reeds eerder ter sprake gekomen in de paragrafen 4.1, 4.5.2 en 4.5.3. Het derde lid van artikel 17 schrijft voor dat een aangewezen instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, indien er wijzigingen optreden in de gegevens op grond waarvan de minister die het aangaat is gekomen tot een aanwijzing als instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, deze daarvan onverwijld op de hoogte moet stellen. Hiermee is artikel 19 lid 1 laatste alinea geïmplementeerd. Indien blijkt dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting niet langer voldoet aan de eisen op grond van hoofdstuk 2 of artikel 17 lid 1 onderdeel j van de Implementatiewet zal de minister deze instantie gemotiveerd en schriftelijk verzoeken *“om binnen een termijn van drie maanden alsnog aan deze eisen te voldoen. Indien de instantie na drie maanden in gebreke blijft, trekt Onze Minister die het aangaat de aanwijzing geheel of gedeeltelijk in”*, aldus artikel 17 lid 4 Implementatiewet. Dit is in lijn met de bepaling in artikel 20 lid 2 laatste alinea van de Richtlijn ADR consumenten dat:

- indien een ADR-entiteit niet langer aan de in lid 1 van dat artikel bedoelde vereisten voldoet, de betrokken bevoegde autoriteit contact opneemt met die geschillenbeslechtingsentiteit, met vermelding van de vereisten waaraan de geschillenbeslechtingsentiteit niet voldoet, en met het verzoek aan haar om er onverwijld aan te voldoen; en
- als de geschillenbeslechtingsentiteit na drie maanden nog niet voldoet aan de in lid 1 bedoelde vereisten, de bevoegde autoriteit deze geschillenbeslechtingsentiteit uit de in artikel 20 lid 2 aanhef van de Richtlijn ADR consumenten bedoelde lijst verwijdt, deze lijst onverwijld bijwerkt en de betrokken informatie aan de Commissie meedeelt.

246. Vgl. HR 31 mei 1996, NJ 1996/693; HR 9 november 2001, NJ 2001/692; Rb. Zutphen 3 oktober 2011, JBPR 2012/15, m.nt. Ernste; Hof Den Haag 22 mei 2012, TvA 2013/22; Du Perron 1999, p. 42-45; Meijer 2011, p. 430-431; Ernste 2012, p. 108-118.

247. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 19.

248. Vgl. Asser/Vonken 10-I 2013/238.

249. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 21.

Ook in het geval een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting niet langer voldoet aan de eisen op grond van artikel 9 lid 7 en artikel 10 Verordening (EU) 524/2013 zal de minister die het aangaat deze instantie gemotiveerd en schriftelijk verzoeken om binnen een termijn van drie maanden alsnog aan deze eisen te voldoen en zal de minister de aanwijzing geheel of gedeeltelijk intrekken indien de instantie na drie maanden in gebreke blijft, zo blijkt uit artikel 17 lid 5 Implementatiewet.

In paragraaf 1.1 is de stelling ingenomen dat Nederland voldoet aan de Europese regelgeving ten aanzien van buitengerechtelijke beslechting van geschillen omtrent door financiële dienstverleners aan consumenten geleverde financiële diensten. Met het oog op deze stelling mag op grond van het voorgaande worden geconcludeerd dat Nederland in ieder geval ook de Richtlijn ADR consumenten op de juiste wijze heeft geïmplementeerd.

#### 4.6 De in het BGfo opgenomen voorwaarden

In paragraaf 4.1 is reeds ter sprake gekomen dat de op grond van artikel 4:17 lid 3 Wft gestelde nadere regels zijn terug te vinden in Hoofdstuk 7.2 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo). Deze aanvullende voorwaarden en vereisten worden hierna nader besproken.

Allereerst blijkt uit artikel 45 lid 1 BGfo dat een geschilleninstantie die door de Minister van Financiën wenst te worden aangewezen als een instantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b van de wet, in aanvulling op de uit de Implementatiewet voortvloeiende vereisten, tevens aan de volgende vereisten moet voldoen:

- “a. de bij die geschilleninstantie aangesloten financiële ondernemingen vormen een groep van voldoende betekenis en veelsoortigheid of er kan aannemelijk gemaakt worden dat dit op korte termijn na erkenning het geval zal zijn;*
- b. de geschilleninstantie draagt in voldoende mate bij tot het oplossen van geschillen die hun oorsprong vinden in klachten over financiële producten en diensten;*
- c. de geschilleninstantie beschikt over een adequate financieringssysteem en realiseert een adequate bezettingsgraad;*
- d. de implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten en de artikelen 44a tot en met 48f.”*

Op grond van artikel 45 lid 3 BGfo kan de minister bij de beoordeling van een aanvraag om te worden aangewezen een uitzondering maken op het hiervoor in lid 1 onderdeel a genoemde vereiste, *“indien de in dat onderdeel bedoelde groep financiële ondernemingen dezelfde financiële producten of financiële diensten aanbiedt en deze niet verweven zijn met andere financiële producten of financiële diensten”*.

In paragraaf 3.6 is reeds ter sprake gekomen dat de Minister van Financiën versnippering van de plaatsen van geschillenbeslechting wenst tegen te gaan.<sup>250</sup> Zowel de voorwaarde dat de bij een geschilleninstantie aangesloten financiële ondernemingen een groep van voldoende betekenis en veelsoortigheid dienen te vormen of aannemelijk kunnen maken dat dit op korte termijn na erkenning het geval zal zijn,<sup>251</sup>

250. Kamerstukken II 2010/11, 31980, 52, p. 3.

251. Zie artikel 45 lid 1 onderdeel a en artikel 45 lid 4 onderdeel d BGfo.

als de voorwaarde dat de geschilleninstantie in voldoende mate bijdraagt tot het oplossen van geschillen die hun oorsprong vinden in klachten over financiële producten en diensten<sup>252</sup> laat zich verklaren vanuit deze wens, zo blijkt uit de nota van toelichting bij het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013:

*“Uitgangspunt van het beleid is dat de versnippering van geschilleninstanties onwenselijk is. Daarom wordt een bepaling opgenomen die tot doel heeft zoveel mogelijk te bevorderen dat geschillenbeslechting in de financiële sector wordt geconcentreerd bij een beperkt aantal instanties. Daarbij is de eis opgenomen dat de geschilleninstantie in voldoende mate bijdraagt aan het oplossen van geschillen en dat de bij de geschilleninstantie aangesloten financiële ondernemingen een groep van voldoende betekenis in kwantitatieve zin vormen of kort na het operationeel worden van de erkende geschilleninstantie een groep van voldoende betekenis gaan vormen, en deze groep bovendien niet eenzijdig is, maar bestaat uit meerdere soorten van financiële ondernemingen. Voor de beoordeling of wordt voldaan aan deze eis is in ieder geval van belang wat de omvang en structuur van de markt is, waarin de geschilleninstantie zal operen [sic] en de aard van de dienstverlening van de aangesloten financiële ondernemingen. De aard van de dienstverlening kan bijvoorbeeld met zich meebrengen dat een grote mate van samenloop van klachten tegen meerdere financiële ondernemingen mogelijk is. Bijvoorbeeld een klacht die gedeeltelijk ziet op een financieel product van een aanbieder en gedeeltelijk op de advisering door een andere financiële dienstverlener. Het is in het belang van de consument dat een dergelijke klacht integraal kan worden behandeld bij één geschilleninstantie. Indien een financieel product voldoende los staat van andere financiële producten kan de minister op grond van het zesde lid deze specifieke eis buiten toepassing laten. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen, die zich louter ontfert over klachten omtrent zorgverzekeringen. Zorgverzekeringen hangen naar hun aard dikwijls niet samen met een ander financieel product of financiële dienst. Voorts wordt erkenning niet afgegeven als het belang dat artikel 4:17 van de wet beoogd te beschermen zich tegen de erkenning verzet. De voorwaarden die gelden voor de intrekking van een erkenning worden gelijkgesteld aan de voorwaarden voor het verlenen van een erkenning.”<sup>253</sup>*

In de nota van toelichting bij het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 wordt daaromtrent nog het volgende aan toegevoegd:

*“De eisen die worden gesteld aan geschilleninstanties willen zij in aanmerking komen voor erkenning in de zin van artikel 4:17, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de wet zijn aangescherpt. Het doel van deze maatregelen is de kwaliteit van buitengerechtelijke financiële geschillenbeslechting beter te borgen en versnippering van buitengerechtelijke financiële geschillenbeslechting zoveel mogelijk te beperken. Daarom bestaat de discretionaire bevoegdheid van de minister om dit nadrukkelijk mee te wegen bij de behandeling van een nieuwe aanvraag tot erkenning.”<sup>254</sup>*

252. Zie artikel 45 lid 1 onderdeel b en artikel 45 lid 4 onderdeel b BGfo.

253. Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, p. 61-62, [www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

254. Stb. 2012, 695, p. 36-37.

In het licht van de voorwaarde dat de geschilleninstantie in voldoende mate bijdraagt tot het oplossen van geschillen die hun oorsprong vinden in klachten over financiële producten en diensten en in het licht van het feit dat Kifid is aangesloten bij FIN-NET, is het opmerkelijk dat Kifid — gezien artikel 3 en 6 lid 1 van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) — een klacht alleen behandelt indien op het onderwerp van die Klacht Nederlands recht van toepassing is. Een in de Europese Unie woonachtige consument die een klacht heeft over een door een in Nederland gevestigde ondernemer geleverde financiële dienst waarop geen Nederlands recht van toepassing is, kan dus niet met zijn klacht bij Kifid terecht.<sup>255</sup> Deze zal zich wellicht kunnen wenden tot de door de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken daarvoor ingestelde vangnetcommissie, mits de ondernemer bereid is daarvan gebruik te maken of reeds is aangesloten bij deze ‘Geschillencommissie Algemeen’ en de behandeling van het geschil naar het oordeel van de commissie niet in belangrijke mate afbreuk doet aan de effectieve werking van de commissie (vgl. artikel 5 onderdeel d Reglement Geschillencommissie Algemeen).<sup>256</sup> Deze situatie acht ik onbevredigend. Alereerst zijn klachten met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten niet zelden specialistisch van aard, zeker indien de dienst waarop de klacht betrekking heeft, wordt beheerst door buitenlands recht. Het is dan ook de vraag of een algemene vangnetcommissie, met name indien deze bestaat uit vaste leden zonder specialistische kennis op het terrein van financiële recht, voldoende kan zijn toegerust om dergelijke klachten te behandelen.<sup>257</sup>

Het voorgaande roept in het licht van het uitgangspunt van beleid dat de versnippering van geschilleninstanties onwenselijk is overigens de volgende (theoretische) vraag op: maakt een thans nog niet aangewezen geschilleninstantie (hierna te noemen: het instituut voor grensoverschrijdende geschillen) die zich speciaal wil gaan toeleggen op het oplossen van consumentengeschillen die hun oorsprong vinden in klachten over door in Nederland gevestigde financiële dienstverleners geleverde financiële diensten waarop geen Nederlands recht van toepassing is enige kans te worden aangewezen als instantie tot buitengerechtelijke geschilbeslechting, na daartoe een deugdelijke aanvraag te hebben gedaan? Staat de wet er met andere woorden aan in de weg dat er thans ook nog andere geschilleninstanties dan Kifid en het SKGZ aangewezen kunnen worden als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht? Ik denk niet dat de wet daaraan in de weg staat en wel om de volgende reden.

In de memorie van toelichting op de Wet financiële dienstverlening is opgemerkt dat, wanneer *“een financiële dienstverlener meerdere diensten verleent ten aanzien van verschillende soorten financiële producten en er geen erkende geschilleninstantie bestaat die geschillen*

255. Te denken valt aan de situatie waarbij een in Maastricht gevestigde vermogensbeheerder activiteiten heeft ondernomen waaruit blijkt dat hij van plan was om zijn diensten aan te bieden aan in de Belgische grensstreek woonachtige consumenten en deze diensten ook daadwerkelijk aan hen heeft verleend. In dat geval zal de overeenkomst tussen beiden gezien artikel 6 Rome I-Vo. worden beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, in casu door Belgisch recht. Zie hieromtrent ook overweging 26 van de preambule bij voornoemde verordening en HvJ EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09 (*Pammer en Alpenhof*), ECLI:EU:C:2010:740.

256. [www.degeschillencommissie.nl/over-ons/commissies/algemeen/](http://www.degeschillencommissie.nl/over-ons/commissies/algemeen/). Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33982, 3, p. 7.

257. Vgl. D.P.C.M. Hellegers, ‘Leg bindende adviezen Kifid bij rechtbank Amsterdam’, *Het Financieele Dagblad* 4 september 2013, p. 10.

in behandeling neemt ten aanzien van al deze financiële diensten en producten”, het voor kan komen dat de financiële dienstverlener zich bij meerdere erkende geschilleninstanties moet aansluiten.<sup>258</sup> Dit betekent dat wanneer het instituut voor grensoverschrijdende geschillen zich toelegt op de beslechting van geschillen ten aanzien van financiële diensten en producten van financiële dienstverleners die Kifid (en het SKGZ) niet in behandeling neemt (te weten klachten over door in Nederland gevestigde financiële dienstverleners geleverde financiële diensten waarop geen Nederlands recht van toepassing is), deze financiële dienstverleners verplicht zijn zich ook aan te sluiten bij het instituut voor grensoverschrijdende geschillen. Niet uit te sluiten valt dat het instituut voor grensoverschrijdende geschillen ten gevolge van deze verplichte aansluiting aannemelijk kan maken dat de aangesloten financiële ondernemingen een groep van voldoende betekenis en veelsoortigheid zal vormen en ook aannemelijk kan maken dat het in voldoende mate bijdraagt tot het oplossen van geschillen die hun oorsprong vinden in klachten over financiële producten en diensten, omdat het geschillen oplost die andere aangewezen geschilleninstanties (nog) niet behandelen. De in paragraaf 1.1 verwoorde stelling dat als uitgangspunt ook andere geschilleninstanties dan Kifid en het SKGZ aangewezen kunnen worden als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht en het voor kan komen dat een financiële dienstverlener zich bij meerdere erkende geschilleninstanties moet aansluiten, acht ik dan ook juist.

Het lijkt mij echter onwaarschijnlijk dat financiële ondernemingen in de zin van artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wft de lasten zullen willen dragen van aansluiting bij twee of meerdere ADR-entiteiten en een dergelijke versnippering onwenselijk vinden. Het lijkt mij daarom wenselijk om in de reglementen van Kifid een bepaling op te nemen die de Ombudsman of de Voorzitter van de geschillencommissie de bevoegdheid geeft om te bezien of een klacht van een in de Europese Unie woonachtige Consument over een door een in Nederland gevestigde ondernemer geleverde financiële dienst waarop geen Nederlands recht van toepassing is zich leent voor een behandeling door Kifid. Aangezien lidstaten er gezien artikel 5 lid 1 van Richtlijn ADR consumenten erop dienen toe te zien “dat onder deze richtlijn vallende geschillen waarbij een op hun grondgebied gevestigde ondernemer betrokken is, kunnen worden voorgelegd aan een ADR-entiteit die voldoet aan de vereisten van deze richtlijn”, zou de minister in een bestuursvergadering van Kifid daarover een adviserende stem kunnen uitbrengen.<sup>259</sup>

Wat betreft de voorwaarde dat de bij de geschilleninstantie aangesloten financiële ondernemingen een groep van voldoende betekenis in kwantitatieve zin vormen kan worden opgemerkt dat alle grootbanken zijn aangesloten bij Kifid. Voorts kan worden opgemerkt dat het Verbond van Verzekeraars ten laste van zijn leden met Kifid is overeengekomen een collectieve aansluitovereenkomst aan te gaan, zodat kan worden gesteld dat Kifid aan bovengenoemde voorwaarde voldoet.<sup>260</sup> Het is echter zeer de vraag of het Verbond van Verzekeraars op grond van zijn ten tijde van het aangaan van deze overeenkomst geldende statuten wel bevoegd was deze verplichting namens zijn leden aan te gaan. Nadere bestudering van de ten tijde

258. Kamerstukken II 2003/04, 29507, 3, p. 91.

259. Vgl. artikel 13.2 van de statuten (versie 12 december 2014).

260. [www.verzekeraars.nl/verzekeringsbranche/dossiers/klachtbehandeling/Documents/Collectieve\\_aansluitovereenkomst\\_Kifid\\_Verbond.pdf](http://www.verzekeraars.nl/verzekeringsbranche/dossiers/klachtbehandeling/Documents/Collectieve_aansluitovereenkomst_Kifid_Verbond.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.



van de collectieve aansluiting geldende statuten van het Verbond van Verzekeraars leert dat artikel 17 van die statuten weliswaar bepaalde dat het bestuur van het Verbond in het bijzonder bevoegd is al datgene uit te voeren, waarin door de wet en de statuten niet is voorzien, voor zover zulks overeenkomt met het doel van het Verbond,<sup>261</sup> maar gezien de jurisprudentie op dit punt is het maar zeer de vraag of deze bepaling wel voldeed aan de uit artikel 2:46 BW voortvloeiende eis dat in de statuten voldoende moet zijn gepreciseerd om wat voor een soort verplichtingen het gaat en welke voorwaarden en beperkingen daaromtrent hebben te gelden.

Onvoldoende is namelijk dat de bevoegdheid van een *“vereniging in zijn algemeenheid wordt vastgelegd: het toekennen van de bevoegdheid dient onder beperkingen en voorwaarden te geschieden. Zo zal de aard van de verplichtingen die de vereniging ten laste van haar leden kan aangaan in de statuten moeten worden omschreven en kunnen de statuten ook bepalen dat een besluit van het bestuur om de leden te binden aan goedkeuring van de algemene vergadering onderworpen is.”*<sup>262</sup>

De wetgever is van oordeel dat het bestuur van een geschilleninstantie en het orgaan dat binnen de geschilleninstantie verantwoordelijk is voor de behandeling van een geschil onafhankelijk zijn van de aangesloten financiële ondernemingen en naar behoren samengesteld dan wel deskundig zijn, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.<sup>263</sup> Daarom heeft deze in artikel 46 lid 2 BGfo bepaald dat bestuursleden van de geschilleninstantie vanaf de aanvaarding van hun functie en gedurende een jaar voorafgaande aan de aanvaarding van hun functie niet werkzaam zijn of gewerkt hebben voor of enige functie bekleden of bekleed hebben bij een financiële onderneming of een beroepsorganisatie daarvan. Voorts dient de bij de benoeming van een bestuurslid te volgen procedure schriftelijk te zijn vastgelegd en moet deze procedure ter goedkeuring aan de minister worden voorgelegd (artikel 46 lid 3 BGfo).

Gelijksoortige bepalingen zijn terug te vinden in artikel 47 BGfo, maar dan ten aanzien van (de leden van) het orgaan dat binnen de geschilleninstantie verantwoordelijk is voor de behandeling van het geschil.<sup>264</sup> Artikel 47 lid 1 BGfo schrijft voor dat de geschilleninstantie er zorg voor draagt *“dat de met buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste personen vanaf de aanvaarding van hun functie en gedurende een jaar voorafgaande aan de aanvaarding van hun functie niet werkzaam zijn of zijn geweest voor of enige functie bekleden of bekleed hebben bij een financiële onderneming of beroepsorganisatie van financiële ondernemingen”*. De bij de benoeming van een persoon, bedoeld in artikel 47 lid 1 BGfo, te volgen procedure is schriftelijk vastgelegd en deze procedure behoeft de goedkeuring van ‘Onze Minister’ (artikel 47 lid 2 BGfo).

De in artikel 45 lid 1 onderdeel c en artikel 45 lid 4 onderdeel c BGfo opgenomen voorwaarden dat een geschilleninstantie in de zin van artikel 4:17 Wft over een

261. Artikel 17 lid 2 onderdeel k van de statuten van het Verbond van Verzekeraars per 3 december 2002.

262. HR 13 januari 2012, JOR 2012/42. Zie ook Hof Amsterdam 8 november 1996, JOR 1996/134 (Feyenoord/KNVB), in welke zaak het hof opmerkt dat de aard van de verplichtingen die de vereniging ten laste van haar leden kan aangaan in de statuten moeten worden omschreven, *“aangezien anders de verenigingen die als lid tot de KNVB toetreden, een blanco volmacht aan het tot beslissen bevoegde orgaan van de KNVB zouden afgeven (...), hetgeen voorshands onaannemelijk voorkomt”*. Zie ook Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 141 en Asser/Rensen 2-III\* 2012/54.

263. Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, p. 62, [www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

264. Deze bepalingen zijn overigens van overeenkomstige toepassing op de Ombudsman Financiële Dienstverlening (Kifid), zo blijkt uit artikel 47 lid 5 BGfo.

adequate financieringssysteem dient te beschikken en een adequate bezettingsgraad moet (kunnen) realiseren, houden verband met de in artikel 48f BGfo opgenomen voorschriften. Voornoemde bepalingen dienen alle ter borging van de onafhankelijkheid van de organen die binnen de geschilleninstantie verantwoordelijk zijn voor de behandeling van een geschil (i.e. de Ombudsman/Geschillencommissie/Commissie van Beroep) en zijn er voorts om te waarborgen dat een geschilleninstantie voldoende klachten kan afdoen en voldoende financiële middelen uit de markt kan onttrekken ten behoeve van de vervulling van haar taak, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.<sup>265</sup>

In het vorige hoofdstuk is reeds vermeld dat Kifid met het per 30 september 2011 gewijzigde artikel 5.4 van zijn statuten, waarin is bepaald dat de (her)benoeming van iedere bestuurder de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de minister behoeft, vooruit is gelopen op de inwerkingtreding van het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 op 1 januari 2013. Sinds 1 januari 2013<sup>266</sup> schrijft artikel 48a BGfo namelijk voor dat de geschilleninstantie voorgenomen wijzigingen in de samenstelling van het bestuur, de personen belast met buitengerechtelijke geschillenbeslechting, of het reglement, bedoeld in artikel 48 BGfo, niet kan doorvoeren dan na instemming van de Minister van Financiën.<sup>267</sup> Bij voorgenomen wijzigingen in de samenstelling van het bestuur of de personen belast met buitengerechtelijke geschillenbeslechting, vermeldt de geschilleninstantie de leeftijd, genoten opleidingen en professionele achtergrond van de nieuwe leden, zo is tevens bepaald in artikel 48a BGfo. In de nota van toelichting bij artikel 48a wordt vermeld dat de minister op deze manier de kwaliteit en de onpartijdigheid van de geschilleninstantie beter kan waarborgen.<sup>268</sup>

Wijzigingen in het bestuur van de geschilleninstantie, het orgaan dat binnen de geschilleninstantie verantwoordelijk is voor de behandeling van het geschil of in het reglement voor de behandeling van geschillen dient voortaan aan de Minister van Financiën voor voorafgaande instemming te worden voorgelegd. Op deze manier kan de minister de kwaliteit en de onpartijdigheid van de geschilleninstantie beter waarborgen.

De Afdeling advisering van de Raad van State plaatst in haar advies over het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 kanttekeningen bij de in het BGfo aan de minister toegekende rechten en taken en heeft hierover het volgende opmerkt:

*“De Afdeling meent dat de overheid terughoudendheid past waar het gaat om interventies in de interne organisatie van onafhankelijke instanties, ook wanneer zij een in zekere zin ‘publieke taak’ uitoefenen. De Afdeling is in dat licht vooralsnog niet overtuigd van de noodzaak van de thans voorgestelde bevoegdheden voor de Minister van Financiën.”*<sup>269</sup>

265. *Handelingen II* 2010/11, 87. Zie voorts het concept Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, p. 63.

266. *Stb.* 2012, 695, p. 108.

267. *Stb.* 2012, 695, p. 12.

268. *Stb.* 2012, 695, p. 78.

269. Advies van 14 november 2012, no. W06.12.0382/III, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

Hoewel de Afdeling niet duidelijk maakt waarom deze terughoudendheid past, is het niet onwaarschijnlijk dat de Afdeling vanuit het oogpunt van politisering<sup>270</sup> van benoemingen van mening is dat de overheid niet ook de ambitie moet hebben zich te veel te bemoeien met de benoeming van functionarissen van onafhankelijke private (geschillen)instanties.

Artikel 48d is enigszins cryptisch geformuleerd. Dit artikel bepaalt namelijk dat een erkende<sup>271</sup> geschilleninstantie aan een financiële onderneming die zich bij haar wil aansluiten niet als voorwaarde voor aansluiting stelt dat de financiële onderneming andere regels naleeft dan die welke betrekking hebben op het aanhangig maken van een geschil bij de geschilleninstantie of de verdere behandeling van een geschil door de geschilleninstantie. Hiermee bedoelt de wetgever het volgende te zeggen:

*“Wanneer een niet uit de wet voortvloeiende regel, bijvoorbeeld neergelegd in een gedragscode, tot het toetsingkader van de geschilleninstantie behoort, kan deze niet worden opgelegd aan die financiële dienstverleners die zich niet vrijwillig hebben toegelegd op het naleven van deze regel. Artikel 48 sluit niet uit dat die financiële dienstverleners die zich wel vrijwillig hebben toegelegd op het naleven van niet uit de wet voortvloeiende regels, indien het reglement van de geschilleninstantie dit bepaalt, wel aan deze regels kunnen worden getoetst.”<sup>272</sup>*

Artikel 48e schrijft voor dat een geschilleninstantie zijn bindende adviezen dient te publiceren en ze ook elektronisch beschikbaar en algemeen toegankelijk dient te houden. In de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft wordt daaraan toegevoegd dat publicatie bij voorkeur op de website van de geschilleninstantie geschiedt en de bindende adviezen in beginsel openbaar moeten blijven gedurende het bestaan van de geschilleninstantie.<sup>273</sup> Met het voorgaande wordt invulling gegeven het in de inleiding van dit hoofdstuk genoemde beginsel van openbaarheid van uitspraak. Daarbij zij opgemerkt dat Aanbeveling 98/257/EG bovenstaande eisen niet stelt.

Artikel 48f BGfo bevat een verantwoordingscyclus voor geschilleninstanties. Zo dient een geschilleninstantie jaarlijks voor 1 juli een opgave van de in het afgelopen kalenderjaar bij de geschilleninstantie aangesloten financiële ondernemingen te verstrekken. Op grond van artikel 48f lid 3 BGfo zal een geschilleninstantie de Autoriteit Financiële Markten onderscheidenlijk De Nederlandsche Bank de gegevens dienen te verstrekken die de Autoriteit Financiële Markten onderscheidenlijk De Nederlandsche Bank nodig heeft voor de uitoefening van haar in de wet omschreven taken en gezien artikel 48f lid 2 dient zij aan de Minister van Financiën op diens verzoek de gegevens te verstrekken die hij nodig heeft voor de uitoefening van diens in paragraaf 7.2 van het BGfo omschreven taken. Voorts is een geschillenin-

270. Waarbij onder politisering wordt verstaan het gevaar dat de politieke achtergrond en afhankelijkheid en niet de bekwaamheid van een persoon bij de selectie van kandidaten tot benoeming van een functie of ambt doorslaggevende betekenis krijgt.

271. Bij zijn Besluit van 16 juni 2015 tot wijziging van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft in verband met de implementatie van de richtlijn buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (Stb. 2015, 250) lijkt de Minister van Financiën te zijn vergeten het woord 'erkende' uit artikel 48d BGfo te schrappen.

272. Stb. 2006, 520, p. 191.

273. Stb. 2012, 520, p. 78.

stantie ertoe gehouden haar begroting voor 1 december van het aan het begrotingsjaar voorafgaande jaar ter instemming aan de minister voor te leggen (artikel 48f lid 4 BGfo). Deze verplichting is er om te kunnen waarborgen dat een geschilleninstantie voldoende klachten kan afdoen en voldoende financiële middelen uit de markt kan onttrekken ten behoeve van de vervulling van haar taak, aldus de nota van toelichting bij het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013.<sup>274</sup> Een geschilleninstantie dient ook jaarlijks een jaarverslag en een jaarrekening op te stellen (artikel 48f lid 5 BGfo) en deze — vergezeld van een verklaring omtrent de getrouwheid, afgegeven door een door de geschilleninstantie, aangewezen accountant — voor 1 mei van het op het boekjaar volgende jaar ter instemming aan de minister voor te leggen (artikel 48f lid 6 BGfo). Overigens moet de jaarrekening zo veel mogelijk met overeenkomstige toepassing van de in titel 9 van Boek 2 BW opgenomen bepalingen worden ingericht en dient het jaarverslag het gevoerde beleid met betrekking tot de kwaliteitszorg, de taakuitoefening en het daartoe gevoerde beleid in het voorafgaande jaar te beschrijven.<sup>275</sup> Artikel 48f lid 7 BGfo schrijft voor dat de evaluatie die een geschilleninstantie ingevolge artikel 18 onderdeel h van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting aan ‘Onze Minister’ verstrekt ten minste iedere vier jaar wordt uitgevoerd door een onafhankelijke onderzoeksinstantie en dat de aangewezen geschilleninstantie periodiek een klanttevredenheidsonderzoek uitvoert. Artikel 48f lid 8 BGfo schrijft ten slotte voor dat de minister de in het vorige lid bedoelde termijn kan verkorten en, op kosten van de geschilleninstantie, het opdrachtgeverschap van het in het vorige lid bedoelde evaluatieonderzoek, kan overnemen. Over deze voorschriften vermeldt de nota van toelichting bij het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 het volgende:

*“De verplichting tot een evaluatieonderzoek is opgenomen, omdat het wenselijk is dat het functioneren eens in de zoveel tijd door een professionele en onafhankelijke partij onder de loep wordt genomen. Daarbij dienen in ieder geval de eisen in deze regeling voor erkenning als geschilleninstantie als uitgangspunt genomen te worden. Er moet onderzoek gedaan worden naar de vraag of en in welke mate nog aan de eisen voor erkenning wordt voldaan. Toegankelijkheid, de kwaliteit en snelheid van de procedure, deskundigheid en onpartijdigheid zijn eveneens belangrijke aandachtspunten. De geschilleninstanties kunnen desgewenst ook andere onderzoeksvragen laten meenemen in het onderzoek. Bovendien dient de klanttevredenheid op regelmatige basis door de geschilleninstantie onderzocht te worden om knelpunten te identificeren en de organisatie waar nodig daarop aan te passen. Daarbij geldt dat de klanttevredenheidsonderzoeken zich in ieder geval moeten richten op het proces. Het is immers niet ondenkbaar dat in het ongelijk gestelde partijen ontevreden zijn over de geschilleninstantie. Van beide soorten onderzoeken dient een afschrift door de geschilleninstantie aan de minister te worden verstrekt. De minister kan de evaluatie zelf laten uitvoeren. Daarbij kan de minister bepalen dat dit eerder gebeurt dan de frequentie die het zevende lid voorschrijft. In dat geval formuleert de minister de onderzoeksvragen en wijst hij een onderzoeker aan. Van*

274. Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, p. 63, [www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

275. Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, p. 63, [www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

*deze bevoegdheid wordt alleen gebruik gemaakt indien er ernstige twijfels bestaan rondom het functioneren van de erkende geschilleninstantie. De evaluatie blijft voor rekening van de erkende geschilleninstantie.*"<sup>276</sup>

Krachtens artikel 48 lid 1 BGfo dient een geschilleninstantie te beschikken over en te handelen in overeenstemming met een reglement voor de behandeling van geschillen dat ten minste omvat:

- a. een duidelijke omschrijving van de geschillen die ter behandeling aan de geschilleninstantie kunnen worden voorgelegd;
- b. regels met betrekking tot het aanhangig maken van een geschil en een duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken;
- c. regels met betrekking tot wraking van een met buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste persoon, op grond van feiten of omstandigheden die een onpartijdig of onafhankelijk oordeel van die persoon zouden bemoeilijken;
- d. regels met betrekking tot de behandeling van een geschil door de geschilleninstantie;
- e. regels met betrekking tot het op voet van gelijkheid bieden van gelegenheid aan partijen om mondeling en schriftelijk, desgewenst met bijstand van derden, hun mening aan de geschilleninstantie kenbaar te maken;
- f. regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder een deskundige kan worden verzocht een advies uit te brengen;
- g. regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder getuigen en deskundigen kunnen worden gehoord, dan wel inlichtingen van hen kunnen worden ingewonnen;
- h. regels met betrekking tot de mogelijkheid voor partijen om van alle door hen naar voren gebrachte feiten en stellingen, alsmede van verklaringen van getuigen en deskundigen, over en weer kennis te nemen en daarop te reageren;
- i. regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder een geschil door middel van een verkorte schriftelijke procedure of een voorlopig oordeel kan worden afgedaan;
- j. regels op grond waarvan de geschilleninstantie haar beslissingen baseert;
- k. regels met betrekking tot de mogelijkheid dat de beslechting van een geschil resulteert in een niet-bindend advies;
- l. de bepaling dat de beslechting van een geschil slechts resulteert in een bindend advies indien de financiële onderneming daarmee uitdrukkelijk vooraf heeft ingestemd;
- m. regels met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van het bedrag dat, zo dit verschuldigd is, bij het aanhangig maken van het geschil dient te worden voldaan;
- n. regels met betrekking tot de mogelijkheid om partijen in de kosten van de behandeling van een geschil te veroordelen en vaststelling van een hierbij geldend maximumbedrag;
- o. regels met betrekking tot de vorm, inhoud en bekendmaking van de uitkomst van het advies, bedoeld in onderdeel k en l, waarbij in ieder geval is bepaald

276. Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, p. 63, [www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfm2013), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

- dat deze uitkomst, met redenen omkleed, ondertekend en schriftelijk aan partijen wordt medegedeeld; en
- p. indien beroep tegen een uitspraak mogelijk is, de regels met betrekking tot het mededelen van de mogelijkheid van beroep, de wijze en termijn van het instellen, alsmede de behandeling van dit beroep.

In de nota van toelichting bij het initiële Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft is nader aandacht besteed aan een aantal van de in artikel 48 lid 1 BGfo gestelde eisen. Zo valt uit de nota van toelichting op te maken dat bij de in artikel 48 lid 1 onderdeel a BGfo bedoelde omschrijving dient te worden gedacht aan een beschrijving van de soorten geschillen die aan de geschilleninstantie kunnen worden voorgelegd, alsmede de eventueel bestaande grenzen ten aanzien van het geografisch gebied waarvoor het orgaan bevoegd is en van de waarde van het onderwerp van het geschil. Voorts blijkt dat onder de in onderdeel b bedoelde regels met betrekking tot het aanhangig maken van een geschil ook de stappen vallen die de consument eventueel vooraf moet nemen, alsmede regels betreffende de termijn binnen welke geschillen aanhangig moeten worden gemaakt. Verder wordt opgemerkt dat onderdeel e de geschilleninstantie niet verplicht om partijen in alle gevallen de gelegenheid te bieden een mondelinge toelichting te geven, omdat dit een (onnodige) belasting zou kunnen vormen voor de geschilleninstantie en belemmerend zou kunnen werken op de snelheid van de procedure.<sup>277</sup> Over onderdeel i wordt het volgende opgemerkt:

*“Geschilleninstanties kunnen er voor kiezen om bepaalde geschillen door middel van een verkorte schriftelijke procedure af te doen. Bij een verkorte schriftelijke procedure kan worden gedacht aan geschillen die vergelijkbaar zijn met geschillen die de geschilleninstantie al heeft behandeld en ten aanzien waarvan vaste jurisprudentie is ontstaan, met andere woorden de geschillen die als standaardgeschillen kunnen worden aangemerkt. Ook kunnen geschilleninstanties er voor kiezen om bepaalde geschillen af te doen door middel van een voorlopig oordeel. Daarbij kan worden gedacht aan spoedeisende situaties, zoals in geval van een dreigend faillissement. In dergelijke gevallen kan de mogelijkheid van een voorlopig oordeel waarbij tot een ordemaatregel kan worden besloten, wenselijk zijn. Van belang is dat betrokken partijen ook in een verkorte procedure of in geval van een voorlopig oordeel bij spoedeisende gevallen, ten minste eenmaal hun standpunt kenbaar moeten kunnen maken. Indien een geschilleninstantie er voor kiest om bepaalde geschillen door middel van een verkorte schriftelijke procedure of een voorlopig oordeel af te doen, dient de instantie in het reglement duidelijk weer te geven onder welke voorwaarden een geschil door middel van een dergelijke afwijkende procedure wordt afgedaan.”<sup>278</sup>*

Onderdeel k houdt verband met artikel 17 van de Grondwet,<sup>279</sup> zo wordt opgemerkt in de parlementaire geschiedenis:

277. Stb. 2006, 520, p. 189.

278. Stb. 2006, 520, p. 189-190.

279. Artikel 17 Gw bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

*“Een verplichte aansluiting bij een erkende geschilleninstantie die geschillen uitsluitend beslecht door middel van bindend advies zou immers in strijd zijn met het grondrecht van toegang tot de rechter dat is vastgelegd in artikel 17 van de Grondwet.”<sup>280</sup>*

Daar komt nog bij dat geschillenbeslechting ten aanzien van burgerlijke zaken krachtens artikel 112 Grondwet exclusief is opgedragen aan de rechterlijke macht. Uiteraard staat het de wetgever vrij geschilleninstanties bij wet aan te stellen als gespecialiseerde overheidsrechter en onderdeel te laten uitmaken van de rechterlijke macht. De wetgever is echter op grond van onder meer in paragraaf 2.1 genoemde richtlijnen gehouden adequate en doeltreffende buitengerechtelijke klachten- en beroepsprocedures voor de beslechting van geschillen te bevorderen dan wel aan te moedigen. Daarom heeft de wetgever in dit geval bepaald dat een geschilleninstantie in haar reglement dient te voorzien in de mogelijkheid dat de beslechting van een geschil resulteert in een niet-bindend advies, zodat de weg naar de rechter daarna toch nog openstaat.<sup>281</sup>

Overigens komt een geschilleninstantie die aan partijen uitsluitend de mogelijkheid biedt om een minnelijke schikking te beproeven niet voor een erkenning door de Minister van Financiën in aanmerking. Dit geldt ook indien de geschilleninstantie uitsluitend de mogelijkheid zou bieden om bindende uitspraken te doen (al dan niet in combinatie met de mogelijkheid om een minnelijke schikking te beproeven).<sup>282</sup>

De parlementaire stukken geven geen antwoord op de vraag of een geschilleninstantie die de mogelijkheid van een bindend advies niet biedt voor een erkenning door de Minister van Financiën in aanmerking komt, maar de in onderdeel l opgenomen verplichting dat het reglement van een geschilleninstantie mede de bepaling dient te omvatten “*dat de beslechting van een geschil slechts resulteert in een bindend advies indien de financiële onderneming daarmee uitdrukkelijk vooraf heeft ingestemd*” lijkt deze mogelijkheid uit te sluiten.

## 4.7 De onderlinge rechtsverhouding tussen de verschillende actoren bij en organen van Kifid

### 4.7.1 Inleiding

In de inleiding van dit hoofdstuk is reeds aangegeven dat, om inzicht te krijgen in het complex van voor Kifid relevante rechtsnormen, er ook nader stil zal worden gestaan bij de onderlinge rechtsverhoudingen tussen de verschillende actoren bij en organen van Kifid. Genoemd kunnen worden de rechtsverhouding tussen degene die een klacht bij Kifid indient (hierna te noemen: de klager) en de Aangeslotene, de rechtsverhouding tussen deze procespartijen enerzijds en Kifid anderzijds, de rechtsverhouding tussen de procespartijen en de leden van de geschillenbeslechtende organen van Kifid, de rechtsverhouding tussen de leden van de geschillenbeslechtende organen van Kifid en de Stichting Kifid en ten slotte de onderlinge rechtsverhouding tussen de verschillende organen van Kifid. Hierna zal nader

280. Kamerstukken II 2005/06, 29708, 19, p. 508. Zie in gelijke zin Stb. 2006, 520, p. 187.

281. Kamerstukken II 2005/06, 29708, 19, p. 508. Zie ook Stb. 2006, 520, p. 187.

282. Stb. 2006, 520, p. 190.

worden stilgestaan bij de aard van deze onderlinge rechtsverhouding vanuit privaatrechtelijk perspectief.

Bij bestudering van de rechtsverhoudingen tussen de klager, de Aangeslotene, Kifid en zijn scheidslieden is het allereerst van belang stil te staan bij het feit dat ADR en meer in het bijzonder arbitrage en bindend advies zowel in georganiseerde vorm – institutioneel – als in ongeorganiseerde vorm – dat wil zeggen op ad-hocbasis – voorkomt. Bij institutionele colleges kan men bijvoorbeeld denken aan het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI), de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA), E-Court en de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC), maar ook aan Kifid.

In de doctrine lijkt een aantal auteurs het standpunt in te nemen dat er bij de aanvaarding van de opdracht door scheidslieden altijd (ook) een overeenkomst van opdracht tot stand komt tussen de procespartijen enerzijds en de scheidsrechter(s) anderzijds, waarbij weinig tot geen aandacht wordt besteed aan bovengenoemd onderscheid tussen ‘institutionele geschillenbeslechting’ en geschillenbeslechting op ad-hocbasis.<sup>283</sup> Van Delden<sup>284</sup> uit twijfels over bovengenoemd standpunt. Hij schrijft:

*“(...) het is echter niet uitgesloten, dat de constructie anders is, namelijk een overeenkomst tussen partijen en een arbitrage-organisatie enerzijds en tussen de arbitrage-organisatie en de arbiter anderzijds. In beide gevallen is dan sprake van overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten (opdracht) of de buitenlandse equivalenten.”*

Van Delden snijdt daarmee een interessant onderwerp aan, maar laat de door hemzelf opgeworpen vraag verder onbeantwoord. Sniijders en Van Zelst geven blijk zich ervan bewust te zijn dat de onderlinge rechtsverhouding tussen partijen, arbitrage-instituten en arbiters bij institutionele arbitrages om bijzondere aandacht vraagt, maar ook zij laten de door Van Delden opgeworpen vraag rusten.<sup>285</sup> Von Hombracht-Brinkman<sup>286</sup> en Scheltema<sup>287</sup> besteden nadere aandacht aan het onderwerp en onderschrijven het standpunt dat er een overeenkomst tot stand komt tussen partijen en ieder van de arbiters. Mijns inziens onderbouwen ook zij dit standpunt echter maar in beperkte mate, terwijl degenen die iemand tot partij bij een overeenkomst willen bestempelen, toch eigenlijk zouden moeten “verklaren waarom de betrokkene in het licht van het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel – kortweg: van het toestemmingsvereiste – aan die overeenkomst is gebonden. Men kan dus niet door iemand ‘partij’ te noemen aan de relativiteit van de contractswerking ontkomen”, aldus Du Perron.<sup>288</sup>

Dekker en Van Boom merken dan ook terecht het volgende op:

*“Wij denken dat naar geldend recht de verhouding tussen partijen en het arbitrage-instituut naar eigen inzicht kan worden ingericht en dat het dus een kwestie van*

283. Zie in dit verband onder meer Sanders 2001, p. 66; Sniijders 2007; Sniijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1029 Rv, aant. 1; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/49; Meijer, in: *T&C Rv* 2012, art. 1029, aant. 1a; Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/172.

284. Van Delden 1996, nr. 61.

285. Sniijders 2007; Van Zelst 2014, p. 96-98.

286. Von Hombracht-Brinkman 1994, p. 6.

287. Scheltema 2011, p. 51.

288. Du Perron 1999, p. 70.



*uitleg is of het instituut zelfstandig verplichtingen op zich neemt, bijvoorbeeld om het arbitrale vonnis te doen wijzen door hulppersonen in de zin van art. 6:76 BW. De arbiters zelf zullen vermoedelijk als opdrachtnemer in contractuele verhouding tot de partijen staan. (...) Hoe de relatie tussen partijen en het instituut valt te kwalificeren, hangt er van af of het instituut rechtstreeks verbintenissen op zich heeft genomen tegenover de partijen bij de arbitrage. Ook dat zal een kwestie van uitleg zijn.”<sup>289</sup>*

In dezelfde lijn lijkt het standpunt van Ernste te liggen. Zij schrijft:

*“In de praktijk komt het wel voor dat een rechtspersoon wordt benoemd als bindend adviseur. Het gaat dan om institutioneel bindend advies (§ 1.1). Partijen sluiten dat [sic] een overeenkomst van opdracht met het bindend-adviesinstituut dat de opdracht krijgt het tussen partijen bestaande geschil te beslechten. Ter uitvoering van deze opdracht zal het bindend-adviesinstituut dan gebruik maken van andere personen die namens het bindend-adviesinstituut een bindend advies geven (vgl. art. 6:76 BW).”<sup>290</sup>*

De gedachte van Dekker en Van Boom dat naar geldend recht de verhouding tussen partijen en een arbitrage-instituut grotendeels naar eigen inzicht kan worden ingericht, is mijns inziens juist. Voornamelijk bij instituten waarbij de procespartijen geen enkele invloed hebben op de benoeming van de arbiter(s), omdat deze zonder enige bemoeienis van procespartijen op dit punt wordt (worden) benoemd door het instituut, zal een overeenkomst (van opdracht) tussen de procespartijen enerzijds en de arbiter(s) anderzijds nogal eens kunnen ontbreken, omdat de arbiter(s) als opdrachtnemer(s) zich nooit – ook niet stilzwijgend – jegens de procespartijen heeft (hebben) verbonden “werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.”<sup>291</sup> Uit bepaalde verklaringen en gedragingen van betrokkenen mag mijns inziens juist redelijkerwijs worden afgeleid dat een overeenkomst (van opdracht) tussen de procespartijen enerzijds en de arbiter(s) anderzijds nogal eens ontbreekt. Verklaringen die een indicatie geven dat geen overeenkomst (van opdracht) tussen de procespartijen enerzijds en de arbiter(s) anderzijds tot stand komt, zijn bijvoorbeeld te vinden in de procesreglementen van Stichting E-Court. Zo is in artikel 6 lid 1 van het procesreglement 2015 van E-Court onder meer het volgende bepaald:

*“Het Scheidsgerecht bestaat uit één (1) Arbiter. Het Scheidsgerecht wordt benoemd door e-Court. Hierbij maakt e-Court een keuze uit de lijst van arbiters. Geen van de Procespartijen heeft invloed op de benoeming.”<sup>292</sup>*

Artikel 12 lid 1 van het procesreglement dat van toepassing is op procedures die bij E-Court zijn gestart op of na 1 juli 2013 luidt als volgt:

289. Dekker & Van Boom 2013, p. 1703.

290. Ernste 2012, p. 52. Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/77.

291. Artikel 7:400 lid 1 BW.

292. [www.e-court.nl/fileadmin/docs/Reglement.pdf](http://www.e-court.nl/fileadmin/docs/Reglement.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

*“E-Court is de enige opdrachtnemer in geval van conflictbeslechting. Wel heeft e-Court daarbij het recht om derden, zoals Arbiters, in te schakelen. Dat betekent dat de artikelen 7:404 en 7:407 lid 2 BW zijn uitgesloten.”*<sup>293</sup>

Ook verklaringen en gedragingen die verband houden met (invorderen van) administratie(kosten) en/of loon, kunnen een indicatie geven dat er wel of niet een overeenkomst van opdracht tussen de procespartijen enerzijds en de arbiter(s) anderzijds bestaat. Zo bepaalt artikel 54 lid 1 van het arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut het volgende over het honorarium en verschotten van arbiters:

*“Het honorarium en de verschotten van de arbiter of arbiters worden door de administrateur na overleg met de arbiter of arbiters naar redelijkheid vastgesteld.”*<sup>294</sup>

Deze bepaling en de in artikel 14 van het arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut opgenomen ‘Lijstprocedure’,<sup>295</sup> bieden mijns inziens geen aanknopingspunten die leiden tot de conclusie dat er bij het Nederlands Arbitrage Instituut in de regel een overeenkomst (van opdracht) tussen de procespartijen enerzijds en de arbiter(s) anderzijds tot stand zal komen.

Gezien de twijfels die er kunnen bestaan over de rechtsverhoudingen tussen de betrokkenen bij institutionele arbitrage en bindend advies, is een aantal (ervarings)deskundigen gevraagd een (normatieve) kwalificatie toe te kennen aan de rechtsverhouding tussen enerzijds de procespartijen en anderzijds de scheidslieden (van rechtsprekende organen) van een aantal instituten, te weten het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI), de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA), E-Court, het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid), de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) en de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC). Daarbij is aangenomen dat de standaardvoorwaarden en reglementen van die instituten zijn overeengekomen, met andere woorden dat partijen in de tussen hen tot stand gekomen overeenkomst niet hebben afgeweken van de standaardvoorwaarden en reglementen van het betreffende instituut. Omdat het aantal deskundigen dat aan het onderzoek heeft meegewerkt te klein is om alleen op grond daarvan tot een valide oordeel te komen, kunnen er geen vergaande conclusies worden getrokken uit de uitkomsten van dit Delphi-onderzoek. Wat wel geconcludeerd kan worden, is dat de in paragraaf 1.1 verwoorde stelling dat er bij arbitrage en (onzuiver) bindend advies een overeenkomst van opdracht tot stand komt tussen de procespartijen enerzijds en de scheidsrechter(s) anderzijds

293. [www.e-court.nl/fileadmin/docs/Reglement\\_1\\_juli\\_2013.pdf](http://www.e-court.nl/fileadmin/docs/Reglement_1_juli_2013.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015. Zie ook Ernste 2012, p. 52.

294. [www.nai-nl.org/downloads/NAI%20Arbitragereglement%20en%20Toelichting.pdf](http://www.nai-nl.org/downloads/NAI%20Arbitragereglement%20en%20Toelichting.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

295. Op grond van de ‘Lijstprocedure’ nodigt de administrateur van het Nederlands Arbitrage Instituut, met inachtneming van de door de partijen geuite voorkeuren en/of bezwaren, een persoon respectievelijk drie personen uit om als arbiter op te treden. Volgens artikel 14 lid 5 is de administrateur bevoegd rechtstreeks een of meer andere personen uit te nodigen om als arbiter op te treden, indien en voor zover uit de teruggezonden lijsten blijkt dat onvoldoende personen daarop voorkomen die voor ieder der partijen als arbiter aanvaardbaar zijn.

– in beginsel – ook opgaat bij arbitrage en bindend advies in georganiseerde vorm niet door alle geraadpleegde deskundigen wordt gedeeld.<sup>296</sup>  
 Zo schrijft een van de voor bovengenoemd Delphi-onderzoek benaderde deskundigen over de rechtsverhoudingen bij het NAI:

“anon-CD5F6A:

*Ik heb de opdrachten altijd van het NAI gekregen en ook aanvaard door dat aan de administrateur van het NAI te berichten (zie art. 15 Arbitrage Reglement NAI). Ik verbond mij (zie 7:400) zoals ik het zie uitsluitend jegens het NAI om bepaalde werkzaamheden te verrichten. Om recht te spreken in een door het NAI mij (en/of twee mede-arbiters) aangeleverde casus die door twee advocaten namens hun cliënten krachtens een overeenkomst tussen die twee partijen op hun beurt aan het NAI was aangeleverd. Ik/wij ontving(en) alle instructies van het NAI, al onttrok de eigenlijke procesgang zich natuurlijk aan de invloed van dat instituut. Het NAI betaalde ons uit een depot dat door partijen was gestort op een rekening van het NAI. Het NAI kreeg natuurlijk ook zelf opdracht en liet zich daarvoor door partijen betalen. In zoverre moet mogelijk worden gesproken van een subopdracht van het NAI aan arbiters. Ik verantwoordde mij (zie art. 7:403) uitsluitend ten opzichte van het NAI. Art. 13 van het Arbitrage Reglement (AR) geeft dat instituut het recht een door partijen zelf benoemde arbiter te desavoueren door de administratie van de bewuste arbitrage te weigeren. Hoezo partij-autonomie? Een zwakke stee zou kunnen worden gevonden in art. 17 AR: een arbiter kan door partijen gezamenlijk van zijn opdracht worden ontheven. Maar is dat zo vreemd als de (sub)opdrachtgever (NAI) partijen daartoe machtigt? Ik vind dat een te zwak argument opleveren om uit te gaan van een rechtstreekse opdracht van pp aan arbiters.”*

Een andere voor bovengenoemd Delphi-onderzoek benaderde deskundige is een ander standpunt toegedaan en schrijft:

“anon-B5931E:

*NAI: arbiters worden door partijen benoemd. Wisseling is zonder hun toestemming niet mogelijk.  
 (...).”*

Gezien artikel 14 van het NAI-arbitragereglement lijkt dit standpunt echter niet houdbaar. De administrateur van het NAI kan aan dit artikel namelijk de bevoegdheid ontlenen onder bepaalde omstandigheden rechtstreeks een of meer andere personen als arbiter te benoemen.<sup>297</sup>

296. Zie voor meer informatie over dit Delphi-onderzoek de bijlagen achter in dit boek. In de literatuur wordt er nogal eens een onderscheid gemaakt tussen een zuiver bindend advies en een onzuiver bindend advies. In haar Conclusie voor HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 zegt A-G E.M. Wesseling-van Gent hierover het volgende: “Bij het zogeheten zuiver bindend advies is tussen partijen geen geschil, maar spreken zij af de vaststelling van hen onbepaalde of slechts gedeeltelijke bepaalde rechtsverhouding over te laten aan een derde, aan wiens oordeel zij zich bij voorbaat binden. Bedoelde derde spreekt dan geen recht, maar schept nieuwe feiten in de rechtsverhouding tussen partijen. Zijn bindend advies heeft tussen hen de kracht van een overeenkomst. In het tweede type – het oneigenlijke of onzuiver bindend advies – geven partijen een derde opdracht een bindende beslissing te nemen in een rechtsgeschil. Het onzuivere bindend advies is aldus naar zijn wezen niet te onderscheiden van geschillenbeslechting door arbitrage.”

297. Artikel 14 lid 5 van het NAI-arbitragereglement (versie 1 januari 2010) luidt namelijk als volgt:

Met betrekking tot de rechtsverhoudingen bij Kifid merkt ‘anon-B5931E’ nog het volgende op:

*“Kifid: partijen schakelen “de geschillencommissie” in. Zij wijzen geen individuele leden aan. Wraking en indeling werkt als bij rechterlijke macht. Geen directe rechtsband tussen geschillenbeslechtsers en consumenten/aangeslotenen.”*

Gezien de opmerkingen van ‘anon-E58606’ en ‘anon-2E815A’ zijn ook deze beide (ervarings)deskundigen de mening toegedaan dat er geen overeenkomst tussen de procespartijen enerzijds en de scheidslieden van Kifid anderzijds tot stand komt. Zo stelt ‘anon-E58606’:

*“De onderhavige geschillenbeslechtsinstanties hebben een overeenkomst met de procespartijen. Deze instanties hebben de vrijheid om zelf geschillenbeslechtsers aan te zoeken. Er ontstaat dan alleen een overeenkomst van opdracht tussen die instanties en de geschillenbeslechtsers. De instanties betalen ook een vergoeding aan de geschillenbeslechtsers. Dat doen niet de procespartijen.”*

‘anon-2E815A’ merkt het volgende op:

*“M.i. is er sprake van een tussenschakel in de vorm van SGC etc. en is er geen rechtstreekse verhouding tussen procespartijen en scheidslieden. Een procespartij kan een scheidsman ook niet aanspreken om meer spoed te betrachten, etc. Dat kan de organisatie wel.”*

Ook ik ben de mening toegedaan dat er bij Kifid in de regel geen overeenkomst tot stand zal komen tussen de procespartijen enerzijds en de scheidslieden van dit instituut anderzijds. De statuten en reglementen van Kifid noch de aansluitovereenkomst bieden naar mijn mening namelijk aanknopingspunten ter onderbouwing van die stelling. De in paragraaf 1.1 verwoorde stelling dat er bij arbitrage en (onzuiver) bindend advies steeds sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen de procespartijen enerzijds en de scheidsrechter(s) anderzijds, acht ik, tezamen met een aantal voor het bovengenoemd Delphi-onderzoek benaderde deskundigen, dan ook onjuist.

Hierna zal een aantal onderlinge rechtsverhoudingen tussen verschillende actoren bij en organen van Kifid, waaronder de rechtsverhouding tussen de procespartijen enerzijds en de scheidslieden van Kifid anderzijds, tegen het licht worden gehouden en juridisch nader worden geduïd. Pas op het moment dat de rechtsverhoudingen

---

5. Indien en voorzover uit de teruggezonden lijsten blijkt, dat onvoldoende personen daarop voorkomen die voor ieder der partijen als arbiter aanvaardbaar zijn, is de administrateur bevoegd rechtstreeks een of meer andere personen uit te nodigen om als arbiter op te treden. Hetzelfde geldt ingeval een persoon de uitnodiging van de administrateur om als arbiter op te treden niet wil of kan aannemen dan wel om andere redenen blijkt niet als arbiter te kunnen optreden en er onvoldoende personen op de teruggezonden lijsten zijn overgebleven die voor ieder der partijen als arbiter aanvaardbaar zijn. Artikel 14 lid 3 van het NAI-arbitragereglement luidt vanaf 1 januari 2015 als volgt: “Indien uit de teruggezonden lijsten blijkt, dat onvoldoende personen daarop voorkomen die voor ieder der partijen als arbiter aanvaardbaar zijn, dan wel een persoon de uitnodiging van de administrateur om als arbiter op te treden niet wil of kan aannemen dan wel om andere redenen blijkt niet als arbiter te kunnen optreden en er onvoldoende personen op de teruggezonden lijsten zijn overgebleven die voor ieder der partijen als arbiter aanvaardbaar zijn, is de administrateur bevoegd rechtstreeks een of meer andere personen als arbiter te benoemen.”

bij Kifid op de juiste wijze worden gekwalificeerd, kan men immers antwoord geven op de vraag of Kifid is ingericht en functioneert in overeenstemming met de thans voor hem meest relevante juridische randvoorwaarden.

#### 4.7.2 De rechtsverhouding tussen de Aangeslotene(n) en Kifid

Artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht (Wft) verplicht financiële ondernemingen als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 aanhef, om zich aan te sluiten bij “een door Onze Minister op grond van artikel 16, eerste lid, van de Implementatiewet aangewezen instantie tot beslechting van geschillen met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming, tenzij er geen zodanige instantie is”. Uitgezonderd van deze verplichting zijn financiële ondernemingen die beleggingsdiensten uitsluitend voor professionele beleggers verlenen of optreden als clearinginstelling.<sup>298</sup> De minister heeft twee geschilleninstanties erkend als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 Wft. Een van de twee is Kifid. Kifid is in 2006 door de minister erkend als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 Wft.<sup>299</sup> Daarnaast is de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen erkend als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 Wft. Deze stichting is, zoals blijkt uit de akte van oprichting, in 2006 opgericht door de vereniging Zorgverzekeraars Nederland (ZN) met als doel de oprichting, de instandhouding en het faciliteren van een onafhankelijke geschillencommissie, belast met de behandeling van geschillen op het terrein van de zorgverzekeringen die zijn gebaseerd op de Zorgverzekeringswet, en voorts van een instituut, genaamd Ombudsman Zorgverzekeringen, belast met de behandeling van klachten op het terrein van de zorgverzekeringen, en alles wat daarmee in de ruimste zin samenhangt. Deze oprichting houdt primair verband met de inwerkingtreding – op 1 januari 2006 – van de Zorgverzekeringswet (Zvw). In artikel 114 van deze wet wordt zorgverzekeraars onder meer de verplichting opgelegd er zorg voor te dragen dat hun verzekeringnemers en verzekerden geschillen over de uitvoering van de zorgverzekering kunnen voorleggen aan een onafhankelijke instantie. Artikel 43 lid 6 Vrijstellingsregeling Wft bepaalt dat aanbieders van zorgverzekeringen als bedoeld in artikel 1 onderdeel b Zorgverzekeringswet zijn vrijgesteld van de in artikel 4:17 lid 1 Wft opgenomen verplichtingen. Deze vrijstelling geldt echter niet voor (aanvullende) ziektekostenverzekeringen, niet zijnde zorgverzekeringen.<sup>300</sup> Gelet daarop heeft het SKGZ teneinde ook geschillen te kunnen behandelen aangaande aanvullende zorgverzekeringen, de Minister van Financiën op 10 juni 2008 verzocht om erkenning als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 aanhef en onderdeel b Wet op het financieel toezicht (Wft). Overwegende dat het gezien de samenhang tussen basiszorgverzekeringen en aanvullende zorgverzekeringen meerwaarde heeft de geschillenbeslechting ten aanzien van deze verzekeringen bij dezelfde instantie te beleggen, heeft de Minister van Financiën op 11 juli 2008 besloten deze erkenning aan het SKGZ te verlenen.<sup>301</sup> Het overgrote deel van de financiële ondernemingen is echter geen zorgverzekeraar en derhalve voor aansluiting bij een geschilleninstantie aangewezen op Kifid.

298. Artikel 4:17 lid 2 Wft.

299. Stcr. 8 januari 2007, 5, p. 22.

300. Kamerstukken II 2010/11, 31980, 52, p. 2.

301. Stcr. 25 juli 2008, 141, p. 7.

In hoofdstuk 3 is opgemerkt dat Kifid, gezien artikel 29 lid 1 onderdeel b van zijn statuten een aansluitingsreglement kent, het ‘Aansluitingsreglement Klachteninstituut Financiële Dienstverlening’. In dit reglement wordt beschreven op welke wijze een financiële onderneming zich bij Kifid kan aansluiten. Een financiële onderneming ontvangt, aldus artikel 3.1 van het Aansluitingsreglement, van Kifid automatisch een uitnodiging om zich aan te sluiten, nadat door de AFM een vergunning is verleend. Financiële ondernemingen zonder AFM-vergunningnummer<sup>302</sup> dienen zelf een verzoek tot aansluiting in te dienen, met als bijlage een uittreksel uit het handelsregister.<sup>303</sup> Vervolgens krijgt de financiële onderneming een code toegevoegd. Met deze code kan de financiële onderneming de aansluitprocedure starten door op de website van Kifid in te loggen.<sup>304</sup> Als deze digitale aansluitprocedure succesvol is doorlopen, ontvangt de financiële onderneming direct per e-mailbericht een aansluitovereenkomst.<sup>305</sup> Artikel 3.5 van het Aansluitingsreglement bepaalt dat “een financiële onderneming is aangesloten nadat:

- a. de digitale aansluitprocedure succesvol is doorlopen;
- b. Kifid twee exemplaren van de aansluitovereenkomst per post retour heeft ontvangen, voorzien van de handtekening van de daartoe volledig bevoegde persoon, en deze aansluitovereenkomst heeft geaccepteerd; en
- c. de voor de aansluiting verschuldigde kosten zijn voldaan.’

‘Als een financiële onderneming lid is van een Brancheorganisatie waarmee Kifid een collectieve aansluitovereenkomst is aangegaan, wordt de aansluiting van deze financiële onderneming beschouwd als een collectieve aansluiting en zijn ook de in de collectieve aansluitovereenkomst opgenomen bepalingen van toepassing”, zo luidt artikel 3.6 van het Aansluitingsreglement Kifid.

Bij de totstandkoming van de aansluitovereenkomst wordt er dus gebruikgemaakt van elektronische apparatuur. De overeenkomst zelf wordt echter niet geheel langs elektronische weg gesloten, zo blijkt uit voornoemd artikel 3.5 onderdeel b van het Aansluitingsreglement. Deze constatering is van belang met het oog op de in artikel 6:227b-c BW opgenomen (informatie)plichten, die Kifid derhalve niet in acht hoeft te nemen.

In de modelaansluitovereenkomst van Kifid<sup>306</sup> is bepaald dat de financiële onderneming de rechten en verplichtingen, voor zover van toepassing, aanvaardt “die voortvloeien uit de statuten en de reglementen van Kifid, waaronder:

302. Hiermee wordt bedoeld op financiële ondernemingen die op grond van artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wft gehouden zijn tot aansluiting bij een door ‘Onze Minister’ aangewezen geschilleninstantie die geschillen behandelt met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming, maar waarop de in artikel 2:96 Wft omschreven vergunning niet van toepassing is. Deze ondernemingen hebben derhalve geen AFM-vergunningnummer. Navraag bij Kifid leert dat voornoemde groep financiële ondernemingen in het register van Kifid – [www.kifid.nl/dienstverleners/kifid-register](http://www.kifid.nl/dienstverleners/kifid-register) – is opgenomen onder een nummer dat begint met 110 (...). Voorbeelden daarvan zijn The Royal Bank of Scotland plc en UBS Bank (Netherlands) BV.

303. Zo luidt artikel 3.2 van het Aansluitingsreglement Kifid.

304. Artikel 3.3 Aansluitingsreglement Kifid.

305. Artikel 3.4 Aansluitingsreglement Kifid.

306. Aansluitovereenkomst als bedoeld in artikel 3.4 van het Aansluitingsreglement Kifid (model 30012012). Overigens hanteert Kifid thans een andere modelaansluitovereenkomst dan een aantal jaar geleden. Zo bevatte Aansluitovereenkomst model 06032007 een bepaling luidende: “13. Aangeslotene zal zich onvoorwaardelijk houden aan de bepalingen van het aansluitingsreglement”. In deze aansluitovereenkomst (model 06032007) stond verder niets opgenomen over aanvaarding door de Aangeslotene van andere reglementen dan het Aansluitingsreglement, noch over aanvaarding van uit de statuten voortvloeiende rechten en plichten.

- a. *het Aansluitingsreglement Kifid;*
- b. *het Kostenreglement Kifid;*
- c. *het Reglement ombudsman & geschillencommissie Financiële Dienstverlening, en*
- d. *het Reglement Commissie van Beroep."*

Een financiële onderneming die zich aansluit bij Kifid wordt overigens geen lid van Kifid, dit alleen al vanwege de reden dat Kifid geen vereniging maar een stichting is en lidmaatschap van een stichting niet mogelijk is. Deze aansluitovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een wederkerige overeenkomst. Het betreft een meerzijdige privaatrechtelijke rechtshandeling, waarbij een Aangeslotene en Kifid een aantal verbintenissen met elkaar aangaan.<sup>307</sup> Zo neemt Kifid onder meer de verbintenis op zich te voorzien in een Ombudsman, Geschillencommissie en Commissie van Beroep die bemiddelen in en/of beslissen over Klachten van 'individuele Consumenten' tegen Aangeslotenen, zo volgt uit de modelaansluitovereenkomst bezien in samenhang met artikel 3 en 6.1 van het ROGFD en artikel 5 van het Reglement van Beroep. De Aangeslotene neemt onder meer de verplichting op zich voor deze dienstverlening een jaarbijdrage aan Kifid te voldoen. Dientengevolge is ook titel 5 van Boek 6 BW van toepassing, waardoor eerdergenoemde statuten en reglementen algemene voorwaarden kunnen bevatten in de zin van artikel 6:231 e.v. BW.<sup>308</sup> Het ROGFD kan aldus worden beschouwd als houdende algemene voorwaarden van de aansluitovereenkomst. Degene die het ROGFD in de aansluitovereenkomst gebruikt is Kifid. Kifid en dus niet de Aangeslotene is dus de 'gebruiker' in de zin van artikel 6:231 onderdeel b BW. De in paragraaf 1.1 verwoorde stelling dat het ROGFD ook kan worden beschouwd als houdende algemene voorwaarden van de vaststellingsovereenkomst is derhalve onjuist, omdat er geen vaststellingsovereenkomst tot stand komt tussen de Aangeslotene en Kifid, maar tussen de Aangeslotene en de Consument.<sup>309</sup>

Niet alle bepalingen in de statuten en reglementen zullen bij voorbaat als algemene voorwaarden hebben te gelden. Bedingen die de kern van de prestaties aangeven en duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, zijn niet te beschouwen als algemene voorwaarden, aldus artikel 6:231 onderdeel a BW. Dat roept de vraag op welke bepalingen uit de statuten en reglementen van Kifid de kern van de prestaties aangeven. Voor de vaststelling wat onder een 'kernbeding' moet worden verstaan "is niet bepalend of het beding in kwestie een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt, maar of het van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dat beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn", zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.<sup>310</sup> In ieder geval is het zo dat het begrip 'kernbeding' zo beperkt mogelijk dient te "worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt (HR 19 september 1997, NJ 1998, 6)".<sup>311</sup> Hoewel de prijs onder het huidige recht dikwijls geen essentiële meer in de

307. Zie ook Asser/Rensen 2-III\* 2012/46 en Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 126.

308. Aldus ook Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 126; Rensen 2005, p. 26; Van Zijst 1993, p. 1052; Van Muijden 2007, p. 80; Ernste 2012, p. 31 en Hellegers 2009, p. 4.

309. Vgl. Kamphuisen 2008, p. 89.

310. *Kamerstukken II* 1983/84, 16983, 5, p. 6; Loos 2013, p. 22; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/467.

311. HR 21 februari 2003, NJ 2004/567. Vgl. HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove/CNP Assurances SA*).

strikte zin van het woord is, behoort de prijs en daarmee de jaarbijdrage die een Aangeslotene aan Kifid verschuldigd is tot de kern van de prestaties, zo kan ook uit de jurisprudentie worden opgemaakt.<sup>312</sup> Om die reden zijn artikel 4-8 Kostenreglement Kifid 2015, aan de hand waarvan de jaarbijdrage van Aangeslotenen wordt berekend, als kernbedingen te beschouwen. Ook artikel 3 en 6 ROGF en artikel 5.1 en 5.3 van het Reglement van Beroep zijn naar mijn mening als kernbedingen te beschouwen. Deze reglementsbepalingen bevatten namelijk de kern van de taak en bevoegdheid van respectievelijk de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep van Kifid en bevatte derhalve een weergave van hoofdprestatie van voornoemde organen. De nader in het ROGFD en het Reglement van Beroep uitgewerkte modaliteiten voor het nemen van besluiten die bij de behandeling van bij de Ombudsman, de Geschillencommissie of de Commissie van Beroep aanhangige zaken aan de orde kunnen komen zijn echter niet als kernbedingen te beschouwen. Overigens laat de vraag hoe de kern van de prestaties en de modaliteiten van de prestaties van elkaar moeten worden afgegrensd, alsmede waar de kern van de prestatie ophoudt bij overeenkomsten waarbij de wederpartij van de gebruiker slechts rechten verwerft zich moeilijk in het algemeen beantwoorden, zo heeft de wetgever ook onderkend.<sup>313</sup>

Gezien artikel 6:233 onderdeel b BW dient Kifid Aangeslotenen een redelijke mogelijkheid te bieden om van de in de aansluitovereenkomst bedoelde statuten en reglementen kennis te nemen en dat op straffe van vernietigbaarheid ervan. Hierbij dient te worden aangetekend dat ‘grote’ Aangeslotenen, dat wil zeggen Aangeslotenen op wie onderdeel a of b van artikel 6:235 lid 1 BW van toepassing is, geen beroep kunnen doen op de in artikel 6:233 en 6:234 BW omschreven vernietigingsgronden. Onduidelijk is of Kifid Aangeslotenen een redelijke mogelijkheid biedt om van de in de aansluitovereenkomst bedoelde statuten en reglementen kennis te nemen. In artikel 3 van de aansluitovereenkomst (model 30012012) staat vermeld dat de financiële onderneming kennis heeft *“genomen van de statuten en reglementen, zoals die beschikbaar zijn gesteld op de website van Kifid”*. Daarmee heeft Kifid financiële ondernemingen echter nog niet daadwerkelijk een redelijke mogelijkheid geboden om daarvan kennis te nemen.

Artikel 6:234 BW schrijft voor op welke wijze aan de in artikel 6:233 onderdeel b BW opgenomen verplichting kan worden voldaan. Op grond van artikel 6:234 lid 1 BW zou kunnen worden geconcludeerd dat een gebruiker van algemene voorwaarden aan diens wederpartij de in artikel 6:233 onderdeel b BW bedoelde mogelijkheid heeft geboden, *“indien hij de (...) voorwaarden overeenkomstig de in artikel 230c voorziene wijze heeft verstrekt (...)”*. Valk werpt de vraag op of artikel 6:234 lid 1 BW niet restrictief moet worden uitgelegd in die zin dat alleen dienstverleners als bedoeld in de Dienstenrichtlijn de mogelijkheid hebben om op de in artikel 6:230c BW bedoelde wijzen aan de informatieplicht te voldoen.<sup>314</sup> Schaub lijkt een dergelijke restrictieve uitleg te veronderstellen.<sup>315</sup>

De vraag of artikel 6:234 lid 1 BW al dan niet restrictief moet worden uitgelegd is voor de onderhavige kwestie niet van belang. Ik zal dit hieronder uitwerken.

312. Hof Den Haag 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU1885 en Conclusie van A-G M.H. Wissink vóór HR 22 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY8275.

313. *Kamerstukken II* 1983/84, 16983, 5, p. 5.

314. Valk, in: *T&C BW* 2013, art. 6:234 BW, aant. 2a.

315. Schaub 2013, p. 140-147.



De in artikel 6:230c BW geboden keuzemogelijkheid beperkt zich gezien de aanhef van dit artikel tot dienstverrichters als bedoeld in artikel 6:230b aanhef BW. Een dienstverrichter als bedoeld in artikel 6:230b aanhef BW is een dienstverrichter die diensten verricht als bedoeld in Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* L 376).<sup>316</sup> Kifid is een dienstverrichter als bedoeld in artikel 6:230a BW die diensten verricht als bedoeld in Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* L 376) en daardoor de in artikel 6:230c BW geboden keuzemogelijkheid heeft.<sup>317</sup> Kifid voldoet namelijk aan de volgende voorwaarden:

1. Kifid is een ‘rechtspersoon’ in de zin van artikel 48 van het EG-Verdrag (thans artikel 54 VWEU).

Rechtspersonen in de zin van voorheen artikel 48 van het EG-Verdrag en thans artikel 54 VWEU zijn vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben. Onder vennootschappen in voornoemde zin worden mede verstaan “*companies or firms constituted under civil or commercial law, including cooperative societies, and other legal persons governed by public or private law, save for those which are non-profit-making*”, zo blijkt uit de Engelse tekst van artikel 54 VWEU.

De Europese Commissie merkt in haar Groenboek ‘Television without Frontiers, Green Paper on the Establishment of the Common Market for Broadcasting, especially by Satellite and Cable’ over de term ‘non-profit-making’ het volgende op:

*“The expression “non-profit-making” is not intended literally. It is not to be interpreted in a technical sense derived from company law, but rather in harmony with the other provisions of the two Chapters and with the objectives of the Treaty. It is a concept of Community law with its own meaning, and not a concept of domestic law whose meaning may vary from one Member State to another.*

*This is clear first of all from the second paragraph of Article 58 itself. Cooperative societies, for example, operate without a view to profit for purposes of the law of the Member States, and this might otherwise be taken to mean that they have no freedom of establishment or freedom to provide services. But they do enjoy both freedoms: the paragraph specifically includes them. Thus the expression “non-profit-making” has another, broader meaning.*

*The meaning is that the company must pursue a commercial or commercially relevant objective, not in the technical sense that its legal form or founding documents require it to operate with a view to gain, but rather in the sense that it takes part in commercial life, that it carries on an economic activity. Its objective as laid down by law or its founding documents might have to do with information culture, or sport, for example; but once this is linked to a commercial or commercially relevant activity, the company is within the scope of the Treaty.”*<sup>318</sup>

316. Zie artikel 6:230b BW.

317. Zie ook artikel 6:230b BW.

318. Television without Frontiers, Green Paper on the Establishment of the Common Market for Broadcasting, especially by Satellite and Cable, COM(84)300 def., p. 206.

Derhalve hebben ook rechtspersonen zoals Kifid, die het vergroten van hun winst niet tot hoofddoel hebben, maar wel een economische activiteit uitoefenen en aan het economisch leven deelnemen, derhalve te gelden als een rechtspersoon in de zin van artikel 54 VWEU.<sup>319</sup>

2. Kifid verricht een dienst in de zin van artikel 6:230a BW.

Artikel 6:230a BW omschrijft het begrip ‘dienst’ als een *“economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, als bedoeld in artikel 50 van het Verdrag”*. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel voor een Dienstenwet is uitgebreid uitgewerkt wat hiermee wordt bedoeld:

*“De definitie van het begrip dienst komt overeen met de definitie zoals die is opgenomen in artikel 4, eerste lid van de richtlijn en is op zijn beurt weer ontleend aan het gemeenschapsrecht. Onder diensten in de zin van artikel 50 EG en zoals geïnterpreteerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, moeten worden verstaan dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden. Volgens het Hof van Justitie “bestaat het wezenlijke kenmerk van de vergoeding hierin, dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt” (arrest HvJEG van 7 december 1993, zaak C-109/02, Wirth, overweging 15; zie ook overwegingen 17 en 34 van de richtlijn). Dit begrip moet niet te restrictief worden geïnterpreteerd: artikel 50 EG vereist niet dat de dienst wordt betaald door degene te wiens behoeve hij wordt verricht (arrest HvJEG van 12 juli 2001, zaak C-157/99, Smits Peerbooms, overwegingen 55-59). Voorwaarde is dat er een vergoeding wordt betaald, ongeacht of dat op een directe dan wel indirecte wijze geschiedt. Bovendien kan elke economische activiteit die niet valt onder de specifieke verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen een «dienst» in de zin van artikel 50 EG vormen en bijgevolg onder de richtlijn vallen (arrest HvJEG van 11 april 200, gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, Deliège, overweging 55). Er is echter geen sprake van een economische activiteit bij activiteiten die bijvoorbeeld de staat zonder economische tegenprestatie verricht in het kader van zijn publieke taak zoals justitie en andere niet economische diensten van algemeen belang. Zulke activiteiten vallen niet onder de definitie van artikel 50 van het EG-verdrag en daarmee vallen de nationale voorschriften die deze activiteiten reguleren dus ook niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn. Voor alle duidelijkheid wordt in artikel 2, lid 2, onderdeel a, van de richtlijn nog eens expliciet bepaald dat de richtlijn niet van toepassing is op niet-economische diensten van algemeen belang.”*<sup>320</sup>

Het vorenstaande roept wellicht bij sommigen de vraag op of de diensten van Kifid beschouwd kunnen worden als een ‘niet-economische dienst van algemeen belang’. Deze vraag dient negatief te worden beantwoord, omdat Kifid zijn diensten tegen een economische tegenprestatie (vergoeding) verricht en deze derhalve van economische aard zijn.<sup>321</sup>

319. Zie in dit verband ook de Conclusie van A-G G. Cosmas in C-172/98, Vossestein 2007, p. 407, Mastroianni 2011, p. 155.

320. Kamerstukken II 2007/08, 31579, 3, p. 81.

321. Zie ook Amtenbrink & Van de Gronden 2009, p. 142-143, het Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2003)270 def., p. 15-16 en het Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2004)374 def., p. 11-12.

### 3. Kifid verricht geen financiële diensten.

Richtlijn 2006/123/EG is niet van toepassing op financiële diensten, zoals bankdiensten, kredietverstrekking, verzekering en herverzekering, individuele en bedrijfspensioenen, effecten, beleggingsfondsen, betalingen en beleggingsadviezen, met inbegrip van de diensten die zijn opgenomen in bijlage I bij Richtlijn 2006/48/EG, zo blijkt uit artikel 2 van deze richtlijn.<sup>322</sup> Kifid is zelf geen financiële dienstverlener, maar een dienstverlener in alternatieve geschillenbeslechting: het bemiddelt in en oordeelt over geschillen met betrekking tot financiële diensten. Kifid valt derhalve niet onder de in artikel 2 onderdeel b Richtlijn 2006/123/EG genoemde uitzondering. Onduidelijk is of Kifid zijn statuten en reglementen op één van de vier in artikel 6:230c BW genoemde wijzen aan Aangesloten en ter beschikking stelt dan wel op andere wijze voldoet aan de in artikel 6:234 lid 1 BW gestelde eisen. Kifid kan in ieder geval niet volstaan met enkele mededeling in artikel 3 van de aansluitovereenkomst (model 30012012) dat de financiële onderneming kennis heeft “*genomen van de statuten en reglementen, zoals die beschikbaar zijn gesteld op de website van Kifid*”. In het voorkomende geval dat een Aangeslotene dat betwist, ligt het op de weg van Kifid om te bewijzen dat de in artikel 6:230b BW bedoelde informatie wel op ten minste een van de in artikel 6:230c BW genoemde wijzen aan hem is verstrekt, zo kan uit de jurisprudentie worden opgemaakt.<sup>323</sup>

Wellicht ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat Kifid als dienstverrichter als bedoeld in artikel 6:230a BW die diensten verricht als bedoeld in Richtlijn 2006/123/EG niet enkel zijn algemene voorwaarden ter beschikking dient te stellen. Kifid heeft te voldoen aan alle in artikel 6:230b BW opgesomde informatieplichten. Of Kifid daaraan voldoet is onduidelijk. Zo is het BTW-nummer van Kifid niet terug te vinden op de website of op het briefpapier van het instituut.<sup>324</sup>

322. De diensten die zijn opgenomen in bijlage I bij Richtlijn 2006/48/EG zijn de volgende:

1. In ontvangst nemen van deposito's en andere terugbetaalbare gelden.
2. Verstrekken van leningen, waaronder consumptieve kredieten, hypotheekleningen, factoring (met of zonder regres), financiering van commerciële transacties (voorschotten hierbij inbegrepen).
3. Leasing.
4. Betalingsverrichtingen.
5. Uitgifte en beheer van betaalmiddelen (bijvoorbeeld creditcards, reischeques en kredietbrieven).
6. Verlenen van garanties en het stellen van borgtochten.
7. Handelingen voor eigen rekening van de instelling of voor rekening van de cliënten, met betrekking tot:
  - a) geldmarktinstrumenten (cheques, wissels, depositocertificaten enz.),
  - b) valuta's,
  - c) financiële futures en opties,
  - d) swaps en soortgelijke financieringsinstrumenten, of
  - e) effecten.
8. Deelneming aan effectenemissies en dienstverrichting in verband daarmee.
9. Advisering aan ondernemingen inzake kapitaalstructuur, bedrijfsstrategie en daarmee samenhangende aangelegenheden, alsmede advisering en dienstverrichtingen op het gebied van fusie en overname van ondernemingen.
10. Bemiddeling op interbankmarkten.
11. Vermogensbeheer en -adviesing.
12. Bewaarneming en beheer van effecten.
13. Commerciële inlichtingen.
14. Verhuur van safes.

323. Rb. Oost-Brabant 14 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2886.

324. Artikel 6:230b onder 4 BW.

Gezien het feit dat Kifid zowel zijn modelaansluitovereenkomst als zijn statuten en reglementen al diverse keren heeft gewijzigd, kan er wellicht ook onduidelijkheid ontstaan over de vraag aan welke versie(s) van de deze reglementen financiële ondernemingen zich hebben verbonden.<sup>325</sup> Aannemelijk is dat Kifid in eerdergenoemd artikel 3 van de aansluitovereenkomst (model 30012012) doelt op de statuten en reglementen die gehanteerd worden op het moment van de totstandkoming van de aansluitovereenkomst. Omdat eenzijdige wijziging van de inhoud van een overeenkomst in beginsel niet kan, is het de vraag of financiële ondernemingen die al langere tijd bij Kifid zijn aangesloten, wel zijn gebonden aan de nieuwste statuten en reglementen. Wanneer de lijn van de president van de Rechtbank Utrecht in een gelijksoortige kwestie wordt gevolgd, zou deze vraag zonder meer bevestigend dienen te worden beantwoord.<sup>326</sup> Ik deel het standpunt van Rensen dat dit wel erg ver gaat.<sup>327</sup> Weliswaar voorzien de statuten van Kifid (thans in artikel 30) in de wijziging daarvan, uit deze bepaling blijkt echter niet dat deze ook een bevoegdheid tot tussentijdse aanpassing van de inhoud van bestaande aansluitovereenkomsten in zich houdt. In het geval dat deze bepaling toch aldus dient te worden begrepen, kunnen aangesloten deze laten toetsen aan de hand van artikel 6:233 onderdeel a BW. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat financiële ondernemingen, ook al zijn het geen consumenten maar niet zelden kleine zelfstandigen, verplicht zijn aangesloten bij een door 'Onze Minister' op grond van artikel 16 lid 1 van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten aangewezen instantie tot beslechting van geschillen met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming en dat zij op dit moment geen reële mogelijkheden hebben om binnen een korte termijn over te stappen naar een andere aangewezen instantie dan Kifid. Deze omstandigheid mag, mede met het oog op de mogelijke reflexwerking van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* L 95/29) in het algemeen en artikel 3 van die richtlijn in het bijzonder, niet uit het oog worden verloren. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld als oneerlijk wordt *"beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort"*.<sup>328</sup> Teneinde problemen die tussentijdse reglementswijzigingen meebrengen te ondervangen, nemen arbitrage-instituten nogal eens een clausule op in hun arbitragereglement die ertoe strekt het meest recente reglement automatisch van toepassing te verklaren op geschillen die na de inwerkingtreding van dat reglement aanhangig worden gemaakt.<sup>329</sup> In

325. Vgl. Sijnders 2007, p. 108 en Sijnders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1021 Rv, aant. 3.

326. Pres. Rb. Utrecht 9 juni 1989, *KG* 1989/283.

327. Vgl. Rensen 2005, p. 25.

328. Vgl. HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, *NJ* 2012/404, m.nt. M.R. Mok (*NFH/Invitel*) en HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, *NJ* 2013/375 (*RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.*). Zie ook Loos 2013, p. 240-241.

329. Zo luidt artikel 67 van het NAI Arbitragereglement als volgt:

*"1. Het bestuur kan te allen tijde wijzigingen in dit Reglement aanbrengen. De wijzigingen zijn niet van kracht voor arbitrages die reeds aanhangig zijn. 2. Het Reglement is van toepassing in de vorm, welke het heeft op het tijdstip waarop de arbitrage aanhangig wordt gemaakt."* Het procesreglement van de Stichting E-Court kent een soortgelijke bepaling (artikel 14 lid 3), welke als volgt luidt: *"3. E-Court heeft het recht om dit Reglement te wijzigen. E-Court publiceert het nieuwe Reglement minimaal één week voor de datum van inwerkingtreding. Procedures die gestart worden na de datum van inwerkingtreding worden gevoerd onder het nieuwe Reglement. Voor de lopende procedures heeft dat geen effect."*

de reglementen van Kifid zijn dergelijke clausules ook terug te vinden. Zo luidt artikel 65 ROGFD als volgt.<sup>330</sup>

“Artikel 65

65.1 Dit Reglement treedt in werking op 1 oktober 2014 en is van toepassing op Klachten die vanaf die datum bij Kifid worden ingediend. Voor Klachten die bij het ingaan van 1 oktober 2014 al bij Kifid aanhangig waren of zijn geweest, of die daarvoor al in de Ombudsmanfase behandeld waren, blijft de vorige versie van het Reglement van kracht, tenzij partijen instemmen met toepassing van dit Reglement op een nog aanhangige klacht.

65.2 De termijn van één jaar van artikel 12.1 is alleen van toepassing op klachten waarvoor bij het inwerkingtreden van dit Reglement de termijn van drie maanden nog niet was verstreken.

65.3 Artikel 60.2 treedt in werking op 1 november 2014. De werking van verklaringen van intrekking die tot die datum zijn gedaan, moet worden beoordeeld op basis van de vorige versie van het reglement.”

Artikel 2:59 lid 1 BW bepaalt dat coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen niet bevoegd zijn “door een besluit wijzigingen in de met haar leden in de uitoefening van haar bedrijf aangegane overeenkomsten aan te brengen, tenzij zij zich deze bevoegdheid in de overeenkomst op duidelijke wijze hebben voorbehouden”. Het tweede lid van dit artikel bepaalt vervolgens dat coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen zich slechts tegenover een lid op een wijziging als in het vorige lid bedoeld kunnen beroepen, indien de wijziging schriftelijk aan het lid was medegedeeld. Artikel 2:59 BW ziet niet op besluiten die wijzigingen in de rechtsverhouding tussen stichtingen en de daarbij aangeslotenen aanbrengen. Volgens Rensen<sup>331</sup> zijn er echter geen termen om de bescherming die de bepaling wil bieden, niet ook tot niet-leden uit te strekken en Van der Ploeg<sup>332</sup> pleit voor analoge toepasselijkheid van de regel van artikel 2:59 BW op de rechtsverhouding tussen stichtingen en de daarbij aangeslotenen. In het geval van Kifid zou dit betekenen dat Aangeslotenen bij wijziging van de statuten en/of reglementen daarvan ten minste tijdig schriftelijk op de hoogte dienen te worden gesteld. Rensen betoogt dat gewijzigde statuten moeten worden overhandigd aan Aangeslotenen en dat ook mag worden verwacht dat wordt aangegeven op welke punten deze zijn gewijzigd.<sup>333</sup> Gelet op het bepaalde in artikel 6:230b en 6:230c BW lijkt het mij echter verdedigbaar dat Kifid als dienstverrichter als bedoeld in de Richtlijn 2006/123/EG kan volstaan met een schriftelijke mededeling aan Aangeslotenen dat de statuten en/of reglementen zijn gewijzigd en waaruit duidelijk valt op te maken welke voorwaarden thans op de rechtsverhouding van toepassing zijn en waarin wordt verwezen naar een adres waar de gewijzigde statuten en/of reglementen gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn. Voorts mag worden aangenomen dat Aangeslotenen bij wezenlijke verzwaring van de voor hen geldende verplichtingen ten gevolge van aangebrachte

330. Zie ook artikel 19 en 20 ROGFD.

331. Asser/Rensen 2-III\* 2012/290.

332. Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 126.

333. Vgl. Rensen 2005, p. 26.

wijzigingen in statuten en/of reglementen hun registratie tussentijds kunnen beëindigen.<sup>334</sup>

Reeds eerder in deze paragraaf is ter sprake gekomen dat Kifid zich op grond van de aansluitovereenkomst jegens zijn Aangesloten en verplicht te voorzien in een Ombudsman, Geschillencommissie en Commissie van Beroep die bemiddelen in en oordelen dan wel beslissen over Klachten van ‘individuele Consumenten’ tegen Aangesloten en. Kifid verbindt zich hiermee jegens zijn Aangesloten en anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. De aansluitovereenkomst tussen Kifid en zijn Aangesloten en is dan ook mede te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW.<sup>335</sup>

Een financiële onderneming dient bij het invullen van de aansluitovereenkomst van Kifid (model 30012012) expliciet aan te kruisen zich wel of niet te conformeren aan het principe van bindend advies van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Meer in het bijzonder biedt de aansluitovereenkomst de volgende keuzemogelijkheid:

*“0 Ondergetekende verklaart hierbij zich te conformeren aan het principe van bindend advies en verklaart in voorkomende gevallen de uitspraak van de Geschillencommissie onvoorwaardelijk uit te voeren.*

*0 Ondergetekende verklaart hierbij expliciet zich NIET te conformeren aan het principe van bindend advies.”*

De gemaakte keuze wordt door Kifid vervolgens vermeld in een Register van Aangesloten en, zo luidt artikel 4 van de aansluitovereenkomst (model 30012012). Dat deze keuze en vermelding niet zonder rechtsgevolgen blijven, blijkt uit uitspraak 2013-07 d.d. 9 januari 2013 van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.<sup>336</sup> In deze zaak overwoog de Commissie als volgt:

*“5.1. Alvorens de klacht inhoudelijk te kunnen behandelen, dient de Commissie zich uit te spreken over de vraag of haar advies een bindend of niet bindend karakter zal dragen. Aangeslotene heeft namelijk tijdens de schriftelijke procedure bij brief van 21 augustus 2012 aan de Commissie medegedeeld een eventueel advies van haar als niet bindend te accepteren. Dit terwijl zij zich bij haar aansluiting bij het Klachteninstituut heeft geconformeerd aan een bindend advies.*

*5.2. De Commissie stelt het volgende vast. Op 2 januari 2012 heeft Consument het tussen partijen gerezen geschil ter beoordeling aan de Commissie van het Klachteninstituut voorgelegd. Op dat moment stond in het openbare register van het Klachteninstituut vermeld dat Aangeslotene zich aan een bindend advies van de Commissie zou conformeren – en is het de Commissie ook niet gebleken dat Aangeslotene haar*

334. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010/408-409, Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 126. Zie ook HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685.

335. Vgl. Von Hombracht-Brinkman 1994, p. 4; Snijders 2007; Sanders 2001, p. 66; Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1029 Rv, aant. 1; Meijer, in: *T&C Rv 2012*, art. 1029, aant. 1a; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/49.

336. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-07 d.d. 9 januari 2013.

*aansluiting bij de Commissie had gewijzigd –. De Commissie is van oordeel dat Consument mocht afgaan op de inhoud van dit register zoals dat ten tijde van het indienen van de klacht gold. Wanneer aangeslotenen hun aansluiting tijdens de procedure vrijblijvend kunnen wijzigen, zou dit ten koste gaan van de rechtszekerheid voor consumenten. Als Consument namelijk van meet af aan op de hoogte was geweest van de keuze van Aangeslotene voor een niet-bindende aansluiting, had hij wellicht voor een andere rechtsgang gekozen. De Commissie is dan ook van oordeel dat het voor Aangeslotene in dit stadium van de procedure redelijkerwijs te laat is om zijn bindende aansluiting te wijzigen. Dit brengt mee dat het advies van de Commissie een bindend karakter zal dragen.”*

De Geschillencommissie is vervolgens overgegaan tot de inhoudelijke beoordeling van de klacht van de Consument en heeft daaromtrent een bindend advies uitgebracht. Hieromtrent kan het volgende worden opgemerkt. De Commissie lijkt in bovenstaande zaak met name tot het oordeel dat haar advies een bindend karakter zal dragen te zijn gekomen op grond van de volgende drie feiten en/of omstandigheden:

1. de Aangeslotene heeft zich bij haar aansluiting bij het Klachteninstituut geconformeerd aan een bindend advies;
2. op het moment dat de Consument het tussen partijen gerezen geschil ter beoordeling aan de Commissie van het Klachteninstituut voorlegde stond in het openbare register van het Klachteninstituut vermeld dat Aangeslotene zich aan een bindend advies van de Commissie zou conformeren; en
3. het is de Commissie niet gebleken dat de Aangeslotene haar aansluiting bij de Commissie had gewijzigd.

Hieromtrent kan het volgende worden opgemerkt. Reeds eerder is artikel 17 Gw al ter sprake gekomen. Daarin wordt bepaald dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Voorts bepaalt artikel 6 lid 1 EVRM dat eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Iemand kan afstand doen van het recht op toegang tot een bij wet ingestelde (overheids)rechter, mits deze keuze ondubbelzinnig<sup>337</sup> en vrijwillig<sup>338</sup> plaatsvindt.<sup>339</sup>

De Commissie is kennelijk van oordeel dat de Aangeslotene in kwestie ondubbelzinnig en vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn recht om zijn geschil in bovengenoemde zaak door de overheidsrechter te laten beslechten. Hoewel de Commissie niet met zoveel woorden aangeeft waaruit blijkt dat de Aangeslotene in het onderhavige geval ondubbelzinnig en vrijwillig afstand heeft gedaan van dat recht, lijkt

337. Vgl. onder meer EHRM 25 februari 1992, NJ 1994/117; HR 9 november 2001, NJ 2001/692; HR 19 december 2003, NJ 2004/559; HR 31 mei 1996, NJ 1996/693.

338. Vgl. HR 6 november 1992, NJ 1993/191.

339. Zie ook HR 31 mei 1996, NJ 1996/693; HR 9 november 2001, NJ 2001/692; Rb. Zutphen 3 oktober 2011, JBPR 2012/15, m.nt. Ernste; Hof Den Haag 22 mei 2012, TvA 2013/22; Doorman 2011, p. 309-310; Du Perron 1999, p. 42-45; Meijer 2011, p. 43-73 en 430-431; Ernste 2012, p. 108-118; Knigge 2012, p. 79-83 en 161-178.

het erop dat de Commissie (mijns inziens terecht) van oordeel is dat de ondubbelzinnige en vrijwillige afstand besloten ligt in het door de Aangeslotene aanvaarde beding in de aansluitovereenkomst waarin is bepaald dat een Aangeslotene zich conformeert aan het principe van bindend advies en in voorkomende gevallen de uitspraak van de Geschillencommissie onvoorwaardelijk zal uitvoeren. Voorts lijkt het erop dat de Commissie dit beding beschouwt als een derdenbeding: Op het moment dat het beding ter kennis van een Consument is gekomen en deze het beding door het aan Kifid voorleggen van zijn Klacht stilzwijgend heeft aanvaard, is er een vaststellingsovereenkomst tussen de Aangeslotene en de Consument tot stand gekomen, zo lijkt uit deze uitspraak van de Geschillencommissie te volgen. De wetgever lijkt er, gezien de memorie van toelichting bij de Implementatiewet, iets luchtiger over te denken:

*“Is een ondernemer aangesloten bij een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, en meer in het bijzonder bij een commissie die bindende uitspraken doet, dan is dit voldoende om aan te nemen dat hij met het bindende karakter van uitspraken uitdrukkelijk heeft ingestemd.”<sup>340</sup>*

Uit het enkele feit dat een ondernemer is aangesloten bij een commissie die bindende uitspraken doet mag naar mijn mening echter niet de conclusie worden getrokken dat een Aangeslotene ondubbelzinnig heeft ingestemd met het bindende karakter van de uitspraken van die commissie en afstand heeft gedaan van zijn recht om zijn geschil in bovengenoemde zaak door de overheidsrechter te laten beslechten. Zoals gezegd ben ik wel met de Commissie van oordeel dat de ondubbelzinnige en vrijwillige afstand van de Aangeslotene besloten ligt in het door de hem aanvaarde beding in de aansluitovereenkomst waarin is bepaald dat een Aangeslotene zich conformeert aan het principe van bindend advies en in voorkomende gevallen de uitspraak van de Geschillencommissie onvoorwaardelijk zal uitvoeren.

Ter afsluiting kan nog worden vermeld dat Aangeslotenen door hun statutaire en reglementaire binding met Kifid tot de kring van personen behoren als bedoeld in artikel 2:8 BW. Artikel 7.1 Aansluitingsreglement bepaalt namelijk dat een financiële onderneming door aansluiting bij Kifid automatisch en om niet lid wordt van de Kring van Aangeslotenen Kifid. Artikel 7.2 Aansluitingsreglement bepaalt vervolgens dat een lid van de Kring van Aangeslotenen Kifid een adviesrecht heeft, op grond waarvan hij gevraagd en ongevraagd het Bestuur kan adviseren over alle zaken die voor Aangeslotenen van belang zijn, en hierover voorstellen kan doen. Derhalve zijn Aangeslotenen ook bij de organisatie van Kifid betrokken en moeten ze zich daarom bij gebruikmaking van dit adviesrecht jegens het Bestuur gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.<sup>341</sup>

340. *Kamerstukken II* 2013/14, 33982, 3, p. 21. Vgl. Kuypers 2008, p. 315-317.

341. Vgl. Rensen 2005, p. 27 en Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 126 en 317.



#### 4.7.3 De rechtsverhouding tussen ‘de klager’<sup>342</sup> en Kifid

In de vorige paragraaf is reeds ter sprake gekomen dat Kifid kan worden beschouwd als een dienstverrichter in de zin van artikel 6:230a BW en degene wiens klacht door Kifid in behandeling wordt genomen te beschouwen is als afnemer van een dienst in de zin van dit artikel. Naast de rechtsverhouding tussen Aangeslotenen en Kifid zal de rechtsverhouding tussen Kifid en degene wiens klacht door Kifid in behandeling wordt genomen derhalve ook worden beheerst door artikel 6:230a e.v. BW. Dit betekent dat Kifid er onder meer<sup>343</sup> zorg voor dient te dragen dat het ROGFD ook tijdig voor het in behandeling nemen van de klacht aan de consument ter hand wordt gesteld of overeenkomstig de in artikel 6:230c BW voorziene wijze aan de consument wordt verstrekt.<sup>344</sup> Of Kifid aan deze regels voldoet, is niet duidelijk. Wel kan het volgende worden opgemerkt. Artikel 11.1 van het ROGFD bepaalt dat een Consument voor het indienen van de Klacht gebruik dient te maken van het op de website van het Klachteninstituut ([www.kifid.nl](http://www.kifid.nl)) beschikbare klachtformulier. Op de website van Kifid worden consumenten die een klacht bij Kifid aanhangig willen maken en de interne klachtenprocedure van een Aangeslotene reeds hebben doorlopen dan ook verzocht het op de website van Kifid beschikbare klachtformulier<sup>345</sup> te downloaden, dit in te vullen en op te sturen naar Kifid. Het ligt in de rede consumenten rondom dat moment de in artikel 6:230b BW genoemde informatie te verstrekken. Artikel 6:230c BW omvat de mogelijkheid voor Kifid om de in artikel 6:230b BW bedoelde informatie via een meegedeeld internetadres rechtsgeldig te verstrekken. In dat geval dient deze informatie wel gemakkelijk elektronisch toegankelijk te zijn voor de afnemers van de dienst, zo blijkt uit dit wetsartikel. Eerdergenoemde klachtformulier bevat de volgende zinsnede:

*“Ik begrijp en ga akkoord dat het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid), te vinden op [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl) onder Publicaties, op deze procedure van toepassing is.”*

Aldaar is de in artikel 6:230b BW bedoelde informatie<sup>346</sup> niet meteen te vinden.<sup>347</sup> Wel is er op deze startpagina meteen een knop met een uitklapmenu te vinden dat naar de reglementen verwijst. Daarmee voldoet Kifid aan de in artikel 6:230c aanhef en onder 3 BW omschreven methode, met de aantekening dat in het klachtformulier 2015 naar de verkeerde knop wordt verwezen.<sup>348</sup> Verder verdient afdeling 6.5.3 BW ter zake van algemene voorwaarden nog enige aandacht en wel om de volgende reden. Zoals in de vorige paragraaf reeds gezegd kunnen de reglementen van Kifid algemene voorwaarden bevatten in de zin van

342. Bedoeld wordt ‘consument’ in de betekenis die de reglementen van Kifid daaraan geven.

343. Zie artikel 6:230b BW.

344. Bij Kifid heeft het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) als zodanig te gelden, zie hieromtrent ook de vorige paragraaf.

345. [www.kifid.nl/fileupload/formulieren/klachtformulier2015.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/formulieren/klachtformulier2015.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

346. Waaronder: de algemene voorwaarden en bepalingen die dienstverlener hanteert.

347. [www.kifid.nl/kifid/publicaties](http://www.kifid.nl/kifid/publicaties), laatst geraadpleegd op 10 september.

348. Vgl. Loos 2013, p. 100-101. Zie ook de annotatie van Hijma bij HR 11 februari 2011, NJ 2011/571.

artikel 6:231 e.v. BW.<sup>349</sup> Een beding in algemene voorwaarden dat onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, is gezien artikel 6:233 onderdeel a BW vernietigbaar. Artikel 6:236 en 6:237 BW bevatten ieder een lijst van bedingen die, voor zover zij deel uitmaken van algemene voorwaarden in een overeenkomst met een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, als onredelijk bezwarend worden aangemerkt (de in artikel 6:236 BW genoemde bedingen) of vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn (de in artikel 6:237 BW genoemde bedingen). Op het moment van schrijven van dit boek is er geen aanleiding te concluderen dat de reglementen van Kifid onredelijk bezwarende bedingen bevatten. Mocht dat veranderen, dan is het van belang in ogenschouw te nemen dat degene die een klacht over een financiële dienstverlener aan Kifid wil voorleggen niet altijd een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf behoeft te zijn. In het eerste artikel van het ROGFD wordt een ‘Consument’ gedefinieerd als *“de afnemer van een Financiële dienst, indien en voor zover die afnemer een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”*. Onder het begrip ‘Consument’ wordt, gezien artikel 1 echter tevens begrepen:

- “a) een rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) of bestuurder(s) of lid van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd; voorbeelden hiervan zijn persoonlijke pensioenvennootschappen en verenigingen van eigenaars. Beslissend is of de rechtspersoon in wezen een verlenging is van de persoon van Consument in diens hoedanigheid van Consument.*
- b) de deelnemer aan een pensioenregeling, zoals bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet in zijn hoedanigheid van verzekerde natuurlijke persoon van de overeenkomst van levensverzekering met pensioenclausule.*
- c) de natuurlijke persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan een overeenkomst van verzekering.*
- d) de natuurlijke persoon met een Privacyklacht.”*

Het kan dus zijn dat een klager bij Kifid Consument is in de zin van de reglementen van Kifid maar geen natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Dit betekent dus dat de rechtsverhouding tussen Kifid en zijn klagers niet altijd zal worden beheerst door het bepaalde in artikel 6:236 e.v. BW.

Geen Consument is gezien artikel 1 ROGFD, *“onder meer de kredietnemer van een zakelijk krediet, ook niet als verhaal wordt gezocht op diens privévermogen”*. Deze laatste toevoeging is bedoeld om expliciet een geval te benoemen dat vaak tot niet-ontvankelijkheid leidt, en de betekenis van het reglement zo voor potentiële klagers te verduidelijken, zo blijkt uit de toelichting bij het begrip ‘Consument’ op pagina 2 van het ROGFD. In de vorige paragraaf is ter sprake gekomen dat de aansluitovereenkomst tussen Kifid en zijn Aangeslotenen is te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW. Dit geldt ook voor de rechtsverhouding tussen Kifid

349. Niet alle bepalingen in de statuten en reglementen zullen bij voorbaat als algemene voorwaarden hebben te gelden. Bedingen die de kern van de prestaties aangeven en duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, zijn niet te beschouwen als algemene voorwaarden, aldus artikel 6:231 onder a BW.

en degene wiens klacht door Kifid in behandeling is genomen. Ook deze rechtsverhouding kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht.<sup>350</sup> Dit betekent dat Kifid jegens de ‘procespartijen’ de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen. De mate en inhoud van de van Kifid te vergen zorg is allereerst afhankelijk van de concrete verbintenissen die Kifid op zich heeft genomen jegens de Consument en de Aangeslotene.<sup>351</sup> In het algemeen geldt dat de omvang van de zorgplicht mede kan worden beïnvloed door de omstandigheid dat een opdrachtnemer al dan niet belangeloos handelt.<sup>352</sup> Bij professionele dienstverlening mag een verlichting van de zorgplicht echter niet snel worden aangenomen.<sup>353</sup> De omstandigheid dat consumenten klachten (vrijwel) kosteloos aan Kifid kunnen voorleggen, doet dus niets af aan de zorg die Kifid bij zijn werkzaamheden jegens de Consument in acht dient te nemen. Welke zorgverplichtingen in concreto op Kifid als opdrachtnemer rusten, hangt ook af van de aard van de opdracht. Hierbij is het van belang in ogenschouw te nemen dat de Ombudsman Financiële Dienstverlening een andere opdracht heeft dan de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening en de Commissie van Beroep. De Ombudsman heeft immers tot taak te bemiddelen bij Klachten,<sup>354</sup> daar waar de Geschillencommissie<sup>355</sup> en de Commissie van Beroep<sup>356</sup> primair tot taak hebben te oordelen over een geschil. In de inleiding van dit hoofdstuk is ter sprake gekomen dat Europese aanbevelingen op zichzelf voor de justitiabelen geen rechten in het leven kunnen roepen, maar wel duidelijkheid kunnen verschaffen over de uitlegging van andere nationale of communautaire bepalingen.<sup>357</sup> In het onderhavige geval kunnen de Aanbevelingen 98/257/EG en 2001/310/EG duidelijkheid verschaffen over de vraag welke zorg justitiabelen van Kifid in het algemeen en van de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep in het bijzonder mogen verwachten. Gezien de taakstelling van de Ombudsman zal deze in ieder geval de in Aanbeveling 2001/310/EG genoemde principes in acht dienen te nemen. De Geschillencommissie en de Commissie van Beroep zullen in ieder geval de in Aanbeveling 98/257/EG opgenomen principes dienen te eerbiedigen. De Geschillencommissie mag op grond van haar reglement<sup>358</sup> ook een schikking tussen partijen bevorderen. Wanneer de Geschillencommissie daartoe overgaat, zal ook zij de in Aanbeveling 2001/310/EG genoemde principes in acht dienen te nemen. Deze aanbeveling is immers “*van toepassing op de organen met derde partijen voor de beslechting van consumentengeschillen die, ongeacht hun benaming, geschillen beogen te beslechten door de partijen bij elkaar te brengen om hen ervan te overtuigen een gezamenlijke oplossing te vinden*”.<sup>359</sup> In geval van niet-inachtneming van de principes zou het kunnen zijn dat Kifid tekortschiet in de zorg die hij als opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden jegens partijen in acht dient te nemen.

350. Vgl. Ernste 2012, p. 52 en HR 15 juni 2012, JOR 2012/314, m.nt. P. Ernste.

351. Vgl. Dekker 2013, p. 1703.

352. TM, Parl. Gesch. InvW 7, p. 323. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/94.

353. Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/93.

354. Artikel 3 ROGFD.

355. Artikel 6.1 ROGFD.

356. Artikel 5.1 Reglement van Beroep.

357. Vgl. HvJ EG 19 december 1989, C-322/88.

358. Artikel 6.1 ROGFD.

359. Aanbeveling 2001/310/EG, deel I, onder 1.

#### 4.7.4 De rechtsverhouding tussen ‘de klager’ en de Aangeslotene

In de praktijk, zo kan worden afgeleid uit de uitsprakendatabank van Kifid,<sup>360</sup> zijn de meeste klachten die Kifid behandelt afkomstig van natuurlijke personen die een financiële dienst hebben afgenomen van een Aangeslotene. Deze financiële dienst vloeit dan in de regel voort uit een overeenkomst die deze Consument in het betreffende geval met de Aangeslotene is aangegaan.<sup>361</sup> In deze ‘hoofdovereenkomst’<sup>362</sup> is niet zelden een forumkeuzebeding (in ruime zin) terug te vinden waarin is bepaald dat de Consument klachten of geschillen over die overeenkomst kan voorleggen aan of indienen bij Kifid.<sup>363</sup> De Consument en de Aangeslotene hebben zich derhalve ten tijde van het tot stand komen van de hoofdovereenkomst nog niet jegens elkaar verbonden concreet een klacht of toekomstige klachten ter toetsing aan Kifid te zullen voorleggen.<sup>364</sup> De keuze die de Consument op grond van de hoofdovereenkomst heeft, zal in de regel stilzwijgend plaatsvinden doordat deze in concreto een klacht ter toetsing aan Kifid voorlegt.

In de vorige subparagraaf is reeds gebleken dat ook “*de natuurlijke persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan een overeenkomst van verzekering*” heeft te gelden als ‘Consument’ in de zin van het ROGFD en derhalve met een ‘Klacht’ bij Kifid terecht kan. Deze bepaling is sinds de reglementswijziging van oktober 2011 in het reglement opgenomen met het oog op WAM-zaken.<sup>365</sup> Een voorbeeld van een overeenkomst van verzekering waaraan natuurlijke personen een eigen vorderingsrecht kunnen ontleenen is terug te vinden in de CAO Aanvullend Invaliditeitspensioen Metaal en Techniek (AVIM).<sup>366</sup> Deze algemeen verbindend verklaarde cao voorziet in een aanvullend invaliditeitspensioen voor de werknemers in de Metaal en Techniek en bevat een klachtenregeling waarin is bepaald dat de verzekerde dan wel de werkgever zich met klachten over deze verzekering tot Kifid kan wenden.<sup>367</sup> Gezien deze bepaling hebben de opstellers van deze cao kennelijk over het hoofd

360. [www.kifid.nl/consumenten/uitspraken](http://www.kifid.nl/consumenten/uitspraken).

361. Zoals bijvoorbeeld een verzekeringsovereenkomst (artikel 7:925 BW) of een bemiddelingsovereenkomst (artikel 7:425 BW).

362. Vgl. Ernste 2012, p. 26-27.

363. Zo luidt artikel 34 van de Algemene Bankvoorwaarden als volgt:

“Klachten en geschillen

1. Als de cliënt niet tevreden is over de dienstverlening van de bank, moet hij zich eerst wenden tot de bank met inachtneming van de bij de bank daarvoor geldende procedure.

2. Geschillen tussen de cliënt en de bank worden uitsluitend voorgelegd aan de bevoegde Nederlandse rechter; behoudens dwingend recht en het volgende:

a) De cliënt kan een geschil ook voorleggen aan de bevoegde geschillen- en klachtencommissies.

b) De bank kan een geschil ook voorleggen aan de voor de cliënt in aanmerking komende buitenlandse rechter.”

364. Vgl. Meijer 2011, p. 430.

365. Dit omdat een redelijke uitleg van de begrippen ‘Consument’ en ‘Geschil’ in het Reglement van vóór oktober 2011 meebracht dat onder “*blijk van onvrede inzake financiële producten of financiële dienstverlening, tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n)*” niet moet worden begrepen de klacht van een derde gelaedeerde met betrekking tot een claim tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader-verzekerde, maar de Commissie een uitzondering wenste te maken voor zaken waarin de derde-gelaedeerde aan de wet een ongeclausuleerd eigen recht tegen de verzekeraar ontleent, zoals in de WAM (bijv. in de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 23 d.d. 9 februari 2010). Vgl. Van Tiggele-van der Velde 2010, p. 43-44; S.W. Polak 2010, p. 10-13.

366. Stcrt. 2014, 1397.

367. Stcrt. 2014, 1397, p. 23.

gezien dat Kifid slechts klachten van Consumenten en dus niet van werkgevers behandelt.

In het uitsprakenregister van Kifid is ook een aantal uitspraken te vinden dat betrekking heeft op een klacht die is aangebracht door een *“rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd”*. In de vorige subparagraaf is gebleken dat ook dergelijke rechtspersonen hebben te gelden als ‘Consument’ in de zin van het ROGFD. In het merendeel van die uitspraken gaat het om een pensioen-B.V. of stamrecht-B.V. die een financiële dienst heeft afgenomen van de Aangeslotene tegen wie de klacht zich richt<sup>368</sup> en slechts een enkele keer gaat het om een vereniging van eigenaars.<sup>369</sup> Een dergelijke rechtspersoon kan met elke blijk van onvrede inzake een Financiële dienst tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n) bij Kifid terecht, zo valt onder meer uit het ROGFD af te leiden.<sup>370</sup> Het Reglement stelt niet als voorwaarde dat deze rechtspersoon zelf afnemer is van die Financiële dienst, laat staan dat in het reglement is bepaald dat deze rechtspersoon partij dient te zijn bij de hoofdovereenkomst die ten grondslag ligt aan die Financiële dienst. Het Reglement stelt zelfs niet als eis dat de Klacht die door deze rechtspersoon aanhangig wordt gemaakt betrekking heeft op een Financiële dienst waarbij een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon contractueel betrokken zijn. Niet uit het oog mag echter worden verloren dat de aan de op grond van titel 11 van Boek 3 BW aan de rechter toegekende bevoegdheden in beginsel mede aan scheidsmannen toekomen.<sup>371</sup> Een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1 van het ROGFD die vanwege onvrede inzake een Financiële dienst tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n) een Klacht bij Kifid aanhangig wenst te maken, zal naar mijn mening een eigen belang bij die Klacht dienen te hebben. Is dat niet het geval, dan dient een dergelijke rechtspersoon niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn Klacht, zo ben ik van mening. Deze rechtspersonen mogen namelijk niet worden vereenzelvigd met de natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon zijn, zelfs niet indien de doelstelling van de rechtspersoon zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd. In paragraaf 4.7.2 is reeds ter sprake gekomen dat het beding in de aansluitovereenkomst waarin is bepaald dat een Aangeslotene zich conformeert aan het principe van bindend advies en in voorkomende gevallen de uitspraak van de Geschillencommissie onvoorwaardelijk zal uitvoeren beschouwd kan worden als een derdenbeding en dat een Consument door de uitdrukkelijke – al dan niet stilzwij-

368. Zie onder meer de volgende uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening: nr. 2011-224 d.d. 23 september 2011, nr. 2011-232 d.d. 26 september 2011, nr. 2011-242 d.d. 10 oktober 2011, nr. 2012-126 d.d. 18 april 2012, nr. 2012-310 d.d. 31 oktober 2012 en nr. 2013-163 d.d. 28 mei 2013. Zie voorts de volgende twee uitspraken van de Commissie van Beroep: nr. 2012-07 d.d. 20 februari 2012 en nr. 2013-02 d.d. 21 januari 2013.

369. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-293 d.d. 1 augustus 2014 en Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-294 d.d. 1 augustus 2014.

370. Artikel 1 van het ROGFD definieert het begrip ‘Klacht’ immers als *“elk blijk van onvrede inzake een Financiële dienst tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n)”*.

371. Vgl. artikel 3:305 BW.

gende — aanvaarding van dit beding de bevoegdheid van Kifid met een Aangeslotene kan overeenkomen. Indien een Consument met een Aangeslotene uitdrukkelijk<sup>372</sup> is overeengekomen hun geschil bindend te laten beslechten door Kifid, zal de rechtsverhouding tussen beiden worden beheerst door titel 7.15 BW.<sup>373</sup> De rechtsverhouding tussen beiden voldoet in dat geval namelijk aan de wettelijke omschrijving van de vaststellingsovereenkomst. 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, zo blijkt uit artikel 7:900 lid 1 BW.<sup>374</sup> Uit artikel 7:900 lid 2 BW blijkt deze vaststelling tot stand kan komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing, zoals Kifid.

Het is van groot belang de begrippen ‘vaststellingsovereenkomst’, ‘beslissing’ en ‘vaststelling’ goed van elkaar te onderscheiden, met name voor een juist begrip van artikel 7:902 en 7:904 BW. De ‘vaststellingsovereenkomst’ in casu is de meezijdige rechtshandeling waarbij de Consument en Aangeslotene overeenkomen de uitspraak van de Commissie (van Beroep) als bindend te aanvaarden. Als ‘beslissing’ heeft in dat geval te gelden het door de Geschillencommissie of de Commissie van Beroep uitgebrachte bindend advies en de ‘vaststelling’ staat voort de rechtstoestand die door de nakoming van de op de vaststellingsovereenkomst gebaseerde beslissing wordt bereikt.<sup>375</sup>

Artikel 7:902 BW bepaalt dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Diverse auteurs betogen dat de wetgever in artikel 7:902 BW ten onrechte het begrip ‘vaststelling’ gebruikt in de plaats van het begrip ‘beslissing’, welk standpunt ik met name om door Broekema-Engelen genoemde redenen deel.<sup>376</sup> Zij verwoordt het als volgt:

*“De vraag is echter, of de wetgever zich bij het opstellen van deze bepaling wel voldoende bewust is geweest van de door hem aangebrachte driedeling. Hoe kan een vaststelling, de concrete eindsituatie waarin iemand bijvoorbeeld een stuk land geleverd heeft gekregen of een som geld heeft ontvangen, als zodanig in strijd zijn met openbare orde of goede zeden? De reden waarom tot die handeling werd overgegaan kan echter wel een dergelijke strijd opleveren. Het moet dan ook welhaast de beslissing en niet de vaststelling zijn die de wetgever met deze bepaling op het oog heeft gehad.”*<sup>377</sup>

De bepaling dient dan ook aldus te worden gelezen dat een beslissing ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied die door inhoud of

372. Dit vereiste wordt gesteld in artikel 9 lid 2 Implementatiewet.

373. Aldus ook Ernste 2015, p. 12.

374. Vgl. Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/172.

375. Zie verder voor een helder onderscheid tussen deze begrippen Broekema-Engelen 1999, p. 169-181.

376. Broekema-Engelen 1999, p. 172, Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/155; Luttik 1994, p. 260; Van Muijden 2007, p. 68.

377. Broekema-Engelen 1999, p. 172.

strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde, nietig is.<sup>378</sup> Dit brengt mij bij de vraag in welk geval een beslissing ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied door inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.

Een beslissing ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied komt in ieder geval naar inhoud in strijd met de openbare orde als de beslissing leidt tot vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, zoals de vernietiging van een octrooi. In HR 12 september 1997, NJ 1998/382 (*Confood/Zurich*) is bepaald dat de enkele stelling dat een beslissing ter beëindiging van een geschil in strijd komt met een dwingendrechtelijke bepaling onvoldoende is voor het oordeel dat die vaststelling naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Mendel zegt over dit arrest het volgende:

*“HR 12 september 1997, NJ 1998, 382 (Confood) oordeelde dat in een geval, waarbij een fabrieksgebouw door brand nagenoeg geheel verloren was gegaan, de vaststelling van de schade door deskundigen strekte tot beëindiging van onzekerheid of geschil omtrent de hoegrootheid van de door de verzekeraar te vergoeden schade en dat hiermee niet verenigbaar was dat deze vaststelling bloot zou staan aan ongeldigheid op grond van het indemniteitsbeginsel. Ook de poging van de verzekeraar om als het ware langs een omweg het indemniteitsbeginsel tot gelding te brengen – namelijk via de stelling dat een schadevaststelling door deskundigen die in strijd was met het indemniteitsbeginsel ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was’ (art. 7:904 en art. 6:248 BW) – leed bij de Hoge Raad schipbreuk. Alleen ‘ernstige gebreken’ in de beslissing van de schatters zouden deze onaanvaardbaarheid kunnen bewerkstelligen, aldus de Hoge Raad, en hij rekende strijd met het indemniteitsbeginsel daar niet onder.*

*De Hoge Raad oordeelt hier impliciet dat het indemniteitsbeginsel in zijn tweede aspect (dat hier aan de orde is, zie hierboven p. 36) niet gegrond is in de goede zeden of de openbare orde: immers, indien dat wel het geval zou zijn. Zou een schadevaststelling die blijkens haar inhoud verzekerde in een duidelijk voordeliger positie brengt, wel degelijk ongeldig zijn ingevolge de slotzinsnede van art. 7:902 BW.”<sup>379</sup>*

Broekema-Engelen, Santing-Wubs en Ernste stellen zich op het standpunt dat een beslissing ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied in ieder geval wel nietig zal zijn op grond van artikel 7:902 BW, indien bij de totstandkoming van die beslissing dwingend recht bewust buiten toepassing wordt gelaten of bewust onjuist wordt toegepast.<sup>380</sup> Dit standpunt ontleen zij, althans zo lijkt het, aan de Toelichting Meijers:

*“Gaat een schikking of een beslissing uit van de gedachte dat een bepaalde regel van dwingend recht wel toepasselijk is, maar niettemin zonder effect kan worden gelaten, dan zal dit uitgangspunt haar steeds in strijd met de openbare orde of goede zeden brengen. Hetzelfde is het geval als een vaststelling bij de uitlegging, de toepassing of niet-toepassing van een regel van dwingend recht een standpunt inhoudt, waartoe*

378. Zie Broekema-Engelen, in: *T&C BW* 2013, art. 7:902 BW, aant. 3 en art. 7:904 BW, aant. 2e.

379. Wery & Mendel 2010, p. 71-72.

380. Broekema-Engelen 1999, p. 177; Santing-Wubs 2009, p. 126; Ernste 2012, p. 70-71.

*men in redelijkheid niet kan komen; hierbij komt het er niet op aan of bij voorbeeld het buiten toepassing laten van een regel bewust dan wel door onoplettendheid is geschied.*"<sup>381</sup>

Broekema-Engelen verwoordt het als volgt:

*"Toegestaan is slechts afwijking van dwingend recht over de uitleg of toepassing waarvan, na het ontstaan van onzekerheid of geschil, in redelijkheid verschil van mening kan bestaan, welke uitleg of toepassing pas achteraf onjuist blijkt."*<sup>382</sup>

Ook ik ben van mening dat degenen die een beslissing hebben te nemen ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied in beginsel aan dwingend recht gebonden zijn.<sup>383</sup> Hierbij kan worden opgemerkt dat aan de regel die in het huidige recht is neergelegd in artikel 7:902 BW, maar ook voordien reeds werd aanvaard, de gedachte ten grondslag ligt *"dat, ook indien de onzekerheid of het geschil is terug te voeren op onzekerheid omtrent de uitleg van een regel van dwingend recht of omtrent het resultaat waartoe een door een zodanige regel beheerste verhouding van partijen in het gegeven geval leidt (bijv. HR 5 april 1991, NJ 1992, 244 en 14 febr. 1992, NJ 1992, 245), behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een vaststellingsovereenkomst, waardoor een eventuele procedure tussen partijen kan worden voorkomen en waarbij – zolang men op vermogensrechtelijk gebied blijft – op de koop toe moet worden genomen dat, indien naderhand duidelijkheid omtrent die uitleg of dat resultaat wordt verkregen, aldus een geldige overeenkomst bestaat, die niettemin, naar resultaat, met dit dwingende recht strijdt."*<sup>384</sup>

Het standpunt van Broekema-Engelen, Santing-Wubs en Ernste deel ik echter niet. Met Asser, Sieburgh, Hartkamp en Loos ben ik van mening dat dit standpunt te rigide is, omdat een tussen partijen in beginsel geldende regel – ook al is deze van dwingend recht of zelfs van openbare orde – ingevolge artikel 6:248 lid 2 BW niet van toepassing is, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.<sup>385</sup> Een beslissing waarbij van dwingend recht of zelfs van recht van openbare orde wordt afgeweken dient wel bijzonder goed te worden gemotiveerd. In zijn algemeenheid heeft namelijk al te gelden dat, naarmate een bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd, zo blijkt uit HR 20 mei 2005, NJ 2007/114 (*Amsterdam/Honnebier*). Dat geldt te meer als er in deze beslissing wordt afgeweken van dwingend recht of recht van openbare orde.<sup>386</sup> Aangezien een bindend advies uitgebracht door de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep het karakter van rechtspraak heeft, mag worden aangenomen dat de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep in beginsel

381. Toelichting Meijers, Vierde gedeelte (Boek 7), p. 1141-1142.

382. Broekema-Engelen, in: *T&C BW* 2013, art. 7:902 BW, aant. 3.

383. Zie hieromtrent ook de Toelichting Meijers, p. 1141 e.v.

384. HR 21 april 1995, NJ 1997/570 (*Schmitz/Caspers*). Zie ook Hof Amsterdam 6 december 2007, *JAR* 2008/125; HR 27 december 1935, NJ 1936/442, m.nt. EMM (*Verhoeven/Veugeliers*) en Toelichting Meijers, Vierde gedeelte (Boek 7), p. 1140.

385. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/416-417; Asser 2014, p. 114, Loos 2006, p. 5.

386. Aldus ook Asser 2014, p. 114.



ook de overige beginselen uit artikel 6 EVRM in acht hebben te nemen.<sup>387</sup> Het is echter de vraag of een beslissing in strijd kan komen met de openbare orde en derhalve nietig is indien bij de totstandkoming daarvan beginselen uit artikel 6 EVRM zijn geschonden. Hoewel dat niet voor alle uit artikel 6 voortvloeiende beginselen zal gelden,<sup>388</sup> ben ik gezien de jurisprudentie<sup>389</sup> en doctrine<sup>390</sup> geneigd deze vraag positief te beantwoorden.

De visie van Ernste, Santing-Wubs en Broekema-Engelen staat ook op gespannen voet met het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Esmilo/Mediq*.<sup>391</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad over de uitleg van artikel 3:40 BW:

“De onderdelen 1.2.1 en 1.2.2 van het hiertegen gerichte middel bevatten de klacht, zakelijk weergegeven, dat het hof ten onrechte op grond van de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een bij de wet verboden prestatie verplicht, waarvan beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren, heeft geoordeeld dat de overeenkomst een verboden strekking heeft en dus nietig is.

4.4. Deze klacht treft doel. Weliswaar is art. 3:40 BW in de T.M. nog aldus toegelicht dat indien een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet is verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig is (Parl. Gesch. Boek 3, p. 191). Maar zoals in de verdere wetsgeschiedenis ligt besloten (zie de citaten in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13.3 en 3.13.4), en ook in de rechtspraak is aanvaard (zie HR 7 april 2000, LJN AA5401, NJ 2000/652 en HR 11 mei 2001, LJN AB1555, NJ 2002/364), kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod. Zoals door de regeringscommissaris is opgemerkt is er namelijk een groot aantal wettelijke verboden, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1138). Een overeenkomst die in strijd komt met een zodanig verbod hoeft niet strijdig te zijn met de openbare orde. Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.”

Deze uitspraak heeft naar mijn mening ook betekenis voor het bepaalde in artikel 7:902 BW in die zin dat een rechter, indien een beslissing ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied verplicht tot een door de wet

387. Zie onder meer EHRM 27 juli 2006, European Human Right Casus 2006, 113 en HR 20 mei 2005, NJ 2007/114 en dan met name de conclusie van de A-G. Zie hieromtrent ook Hendrikse & Rinkes 2006, p. 101-104.

388. Lawson 1996, p. 158 e.v.

389. Zie HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, Jur. 2000, p. I-1395 e.v. (Krombach/Bamberski) en de Conclusie van A-G A. Tizzano van 27 april 2006 in C-168/05, r.o. 59 e.v. (Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium).

390. Zie onder meer Van Houtte 2000, p. 171 e.v.; Kramer 2004, p. 9-16 en Freudenthal 2007, p. 71-77.

391. HR 1 juni 2012, NJ 2013/172, m.nt. Tjong Tjin Tai.

verboden prestatie, in zijn beoordeling of deze beslissing op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval zal dienen te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap dienen af te leggen. De in artikel 7:902 BW geboden vrijheid heeft overigens alléén betrekking op de vaststelling (lees: beslissing) en niet tot de vaststellingsovereenkomst.<sup>392</sup>

Naast artikel 7:902 BW biedt ook het eerdergenoemde artikel 7:904 BW de nodige rechtsbescherming aan partijen. Artikel 7:904 lid 1 BW is een *lex specialis* ten opzichte van artikel 6:248 lid 2 BW en bepaalt dat een beslissing vernietigbaar is, indien gebondenheid daaraan 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.<sup>393</sup> De regel vervat in artikel 7:904 lid 1 BW is een codificatie van het *Huize Lydia*-arrest<sup>394</sup> en vormt aldus een voortzetting van het oude recht zoals dat door de rechtspraak is gevormd aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid, zo valt op te maken uit de parlementaire geschiedenis.<sup>395</sup> Voor de maatstaf voor vernietiging van een bindend advies ingevolge artikel 7:904 lid 1 BW is aansluiting gezocht bij artikel 6:248 lid 2 BW. Dit impliceert als uitgangspunt de bindende kracht van de beslissing (artikel 6:248 lid 2 BW). Doet de Consument of Aangeslotene een beroep op artikel 7:904 lid 1 BW, dan zal deze dienen te stellen en zo nodig dienen te bewijzen dat de beslissing, hetzij uit hoofde van haar inhoud, hetzij uit hoofde van de wijze waarop zij tot stand is gekomen, zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat gebondenheid daaraan onaanvaardbaar zou zijn. De vraag is wanneer dat het geval is. Voor het antwoord op deze vraag is het allereerst van belang stil te staan bij de juridische status van aanbevelingen van de Europese Commissie. Aanbevelingen zijn, gezien artikel 288 VWEU (voorheen artikel 249 EG-Verdrag), in beginsel niet bindend. Het Hof van Justitie heeft in de zaak C-322/88 hieromtrent echter het volgende bepaald:

*“However, since recommendations cannot be regarded as having no legal effect at all, the national courts are bound to take them into consideration in order to decide disputes submitted to them, in particular where they cast light on the interpretation of national measures adopted in order to implement them or where they are designed to supplement binding Community provisions.”*<sup>396</sup>

Een aanbeveling kan met andere woorden duidelijkheid geven over de uitleg van een nationale bepaling. Artikel 7:904 BW is zo’n nationale bepaling. De vraag of de wijze van totstandkoming van de beslissing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dient derhalve mede te worden gezien in het licht van de in Aanbeveling 98/257/EG genoemde principes. Zijn deze bij de totstandkoming van de beslissing niet in acht genomen, dan kan

392. *Kamerstukken II* 1982/83, 17779, 3, p. 39. Anders: Kamphuisen 2008, p. 89.

393. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/433.

394. HR 29 januari 1931, *NJ* 1931, p. 1317 (*Huize Lydia*).

395. *Kamerstukken II* 1982/83, 17779, 3, p. 41.

396. HvJ EG 19 december 1989, C-322/88, *Jur.* 1989, p. 4407 (*Grimaldi*).

dat betekenen dat gebondenheid aan het bindend advies onaanvaardbaar is op grond van artikel 7:904 BW. Hetzelfde geldt in de situatie dat de bindend adviseur niet onpartijdig en onafhankelijk was en de partij die de ongeldigheid van het bindend advies heeft ingeroepen niet wist en niet behoefde te weten dat de bindend adviseur niet onpartijdig en onafhankelijk was.<sup>397</sup> Gebondenheid aan een bindend advies kan ook onaanvaardbaar zijn indien komt vast te staan dat geen enkele redelijk oordelend bindend adviseur tot een dergelijke beslissing zou zijn gekomen, bijvoorbeeld omdat de bindend adviseur een ernstige berekenings- of denkfout ten nadele van een van de partijen heeft gemaakt of van een ten enen male onhoudbaar standpunt is uitgegaan.<sup>398</sup>

Ook als mocht blijken dat bij de totstandkoming van een bindend advies fouten zijn gemaakt, bijvoorbeeld omdat de in Aanbeveling 98/257/EG genoemde principes niet in acht zijn genomen of omdat de beginselen uit artikel 6 EVRM niet in acht zijn genomen, dan nog staat de vernietigbaarheid van de beslissing op grond van artikel 7:904 BW overigens niet op voorhand vast. Bij de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden indien bij de totstandkoming daarvan procedurele fouten zijn gemaakt, is mede van belang of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht, zo blijkt uit jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>399</sup> Indien er door het niet in acht nemen van de in Aanbeveling 98/257/EG genoemde principes geen nadeel is toegebracht, zal een beroep op artikel 7:904 lid 1 BW derhalve niet slagen. Een recent praktijkvoorbeeld betreft de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 31 december 2014, in welke zaak de eiser stelde dat:

*“(...) gebondenheid aan de beslissingen van het KiFid in verband met de inhoud dan wel de wijze van totstandkoming in het onderhavige geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.”*<sup>400</sup>

De rechtbank overwoog in deze zaak vervolgens dat vernietiging van een:

*“(...) beslissing ingevolge artikel 7:904 lid 1 BW pas aan de orde kan zijn indien gebondenheid daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetgeen het geval kan zijn indien vaststaat dat het KiFid in redelijkheid niet tot de beslissing had kunnen komen en/of bij de totstandkoming daarvan fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht zijn geschonden. Daarbij moet de vraag worden betrokken in hoeverre een eventueel vastgestelde fout nadeel heeft toegebracht aan [eiser].*

4.3.

*De rechtbank heeft bij de toetsing van de beslissing van het KiFid niet de rol van een appellinstantie. De beslissing van het KiFid mag, en zal daarom, slechts marginaal worden getoetst. Dit toetsingskader brengt ook met zich dat geen acht wordt geslagen op inhoudelijke argumenten die niet bij de Commissie van Beroep naar voren zijn*

397. HR 30 oktober 2009, JBPR 2010/16, m.nt. Ernste (*Feadship Holland c.s./Van Wieringen*).

398. HR 17 december 1943, NJ 1944/139; HR 18 juni 1993, NJ 1993/615; HR 15 juni 2012, JOR 2012/314, m.nt. Ernste (*PricewaterhouseCoopers*); Hof Den Haag 25 maart 2014, NJF 2014/361. Zie ook HR 13 februari 2004, JOR 2004/109 (*Veltman/ING*) en dan met name de Conclusie van A-G D.W.F. Verkade.

399. HR 20 mei 2005, NJ 2007/114 (*Amsterdam/Honnebier*).

400. Rb. Amsterdam 31 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9091.

*gebracht en dat bezwaren tegen de inhoud en de wijze van totstandkoming van het bindend advies van de Geschillencommissie in de onderhavige procedure alleen relevant zijn voor zover daartegen in de procedure bij de Commissie van Beroep een beroepsgrond is ingesteld.”*

Niet uitgesloten is overigens ook dat het gebrek van het ontbreken van een motivering achteraf kan worden geheeld doordat alsnog voldoende inzicht wordt gegeven in de wijze waarop de bindend adviseurs tot hun bevindingen zijn gekomen, ook niet wanneer dat eerst na verloop van tijd plaatsheeft.<sup>401</sup> Mijns inziens kan overigens net zo min worden uitgesloten dat het (bijna) volledig ontbreken van een motivering leidt tot nietigheid van de beslissing wegens strijd met de openbare orde.<sup>402</sup> Zo kan ook het door de bindend adviseurs niet in acht nemen van het beginsel van hoor en wederhoor tot nietigheid leiden op grond van artikel 7:902 BW.<sup>403</sup> Aan de bovengenoemde nadeelstoets komt men dan niet toe. Men komt immers niet toe aan de vraag of een beslissing strijdig is met artikel 7:904 lid 1 BW, indien deze reeds naar inhoud of strekking in strijd komt met de openbare orde of goede zeden. De nietigheid van de beslissing is dan immers al gegeven.

In het licht van het voorgaande is het opmerkelijk dat de wetgever in artikel 10 lid 2 Implementatiewet heeft bepaald dat artikel 7:902 BW niet van toepassing is op procedures tot buitengerechtelijke geschilbeslechting die beslecht worden door een vaststelling als bedoeld in artikel 7:900 BW. In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet wordt over deze keuze het volgende opgemerkt:

*“In lid 2 is vervolgens opgenomen dat artikel 7:902 BW niet van toepassing is op procedures die beslecht worden door een vaststelling als bedoeld in artikel 7:900 van het Burgerlijk Wetboek. In laatstgenoemd artikel is bepaald dat een vaststelling ter beëindiging van een geschil op vermogensrechtelijke gebied ook geldig is, als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht. Dit is niet het geval als de vaststelling naar inhoud of strekking tevens in strijd komt met de goede zeden of openbare orde. Dit artikel laat derhalve – zij het in zeer beperkte mate – de ruimte om af te wijken van dwingendrechtelijke bepalingen. Artikel 11 van de richtlijn – en daarmee artikel 10 van het wetsvoorstel – laat deze ruimte niet.”*<sup>404</sup>

Anders dan de opsteller van de memorie van toelichting ben ik met Hondius van mening dat wel degelijk van dwingend recht krachtens de richtlijn mag worden afgeweken, als dat maar ten voordele van de consument is.<sup>405</sup> De wetgever komt dan ook op onjuiste gronden tot het besluit artikel 7:902 BW niet van toepassing te verklaren op procedures tot buitengerechtelijke geschilbeslechting die beslecht worden door een vaststelling. Omdat het niet ondenkbaar is dat een consument juist bescherming kan onttelen aan artikel 7:902 BW in het geval dat artikel 7:904 BW die bescherming niet biedt, lijkt artikel 10 lid 2 Implementatiewet dan ook in

401. HR 24 maart 2006, NJ 2007/115 (Meurs/ NWM).

402. Snijders 2007, p. 269-270; Lindijer 2006, p. 361 e.v.

403. Vgl. Meijer & Van Mierlo 2014, p. 64-65.

404. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 22.

405. Hondius 2014, p. 309.

strijd met de strekking van de Richtlijn ADR consumenten en dient het naar mijn mening uit de Implementatiewet te worden geschrapt.<sup>406</sup>

Omdat de omschrijving van het in de Implementatiewet gehanteerde begrip ‘consument’ niet overeenstemt met het (niet dwingendrechtelijk) begrip ‘Consument’ in de statuten en reglementen van Kifid, kunnen Consumenten die buiten het toepassingsbereik van de Implementatiewet vallen overigens nog steeds een beroep doen op artikel 7:902 BW.

#### 4.7.5 De rechtsverhouding tussen Kifid en zijn scheidslieden

Zoals reeds eerder in dit hoofdstuk aangegeven, is het kwalificeren van de rechtsverhouding tussen de diverse actoren bij een arbitrage-instituut, een kwestie van uitleg. In paragraaf 4.7.1 is reeds aangegeven dat er bij Kifid in de regel geen overeenkomst tot stand zal komen tussen de procespartijen enerzijds en de scheidslieden van dit instituut anderzijds. De volgende omstandigheden bieden mijns inziens een grondslag voor deze stelling. Ten eerste hebben Consumenten en Aangeslotenen geen enkele betrokkenheid bij of zeggenschap over de selectie en benoeming van de scheidslieden. Voorts hebben de ‘procespartijen’ bij Kifid geen enkele betrokkenheid bij of zeggenschap over de vaststelling van de hoogte van het loon van de scheidslieden, zo blijkt uit de statuten en reglementen van Kifid.<sup>407</sup>

De relatie tussen Kifid en zijn scheidslieden zal wel kunnen worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. De stelling dat de relatie tussen Kifid en zijn scheidslieden kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht wordt onderschreven door de eerder uit het Delphi-onderzoek aangehaalde deskundige ‘anon-E58606’, die de rechtsverhouding tussen Kifid en zijn scheidslieden op grond van zijn ervaringen als volgt interpreteert:

*“De onderhavige geschillenbeslechtinginstanties hebben een overeenkomst met de procespartijen. Deze instanties hebben de vrijheid om zelf geschillenbeslechters aan te zoeken. Er ontstaat dan alleen een overeenkomst van opdracht tussen die instanties en de geschillenbeslechters. De instanties betalen ook een vergoeding aan de geschillenbeslechters. Dat doen niet de procespartijen.”*

Omdat de relatie tussen Kifid en zijn scheidslieden gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst van opdracht, hebben de scheidslieden die door Kifid worden ingeschakeld bij hun werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen.<sup>408</sup> Wat dit in concreto betekent, zal afhangen van de omstandigheden van het geval.<sup>409</sup>

In beginsel is een opdrachtnemer gehouden gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht. De aard van de opdracht kan echter meebrengen dat er geen nadere aanwijzingen door de

406. Volgens artikel 38 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie moet in het beleid van de Unie zorg worden gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming, aldus de preambule bij Richtlijn 2013/11/EU.

407. Zie artikel 19-22 van de statuten.

408. Artikel 7:401 BW.

409. *Parl. Gesch. Boek 7* (Inv. 3, 5 en 6), p. 323.

opdrachtgever mogen worden gegeven.<sup>410</sup> Dat is bij de aard van de opdracht die de geschillenbeslechtters bij Kifid hebben het geval. De aard van die opdracht, te weten het bemiddelen in en oordelen over Klachten van individuele Consumenten tegen Aangeslotenen, brengt mee dat de aan Kifid verbonden geschillenbeslechtters (ook jegens partijen) een onafhankelijke opstelling dienen in te nemen en dat aan hen ook de nodige beoordelingsruimte dient toe te komen bij de (wijze van) invulling en uitvoering van de opdracht.<sup>411</sup>

Gezien de aard van de opdracht mag Kifid als opdrachtgever verwachten dat zijn scheidslieden de in Aanbeveling 98/257/EG en Aanbeveling 2001/310/EG genoemde beginselen in acht nemen, zo is reeds in paragraaf 4.7.3 vermeld.<sup>412</sup> De aard van de opdracht brengt ook mee dat de scheidslieden zich niet beperken tot de verrichtingen waarom Kifid uitdrukkelijk heeft gevraagd, maar dat zij zelfstandig beoordelen wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelen.<sup>413</sup> In ieder geval dienen de geschillenbeslechtters bij Kifid te handelen als personen met gezond inzicht en begrip voor de situatie.<sup>414</sup>

Artikel 7:403 BW geeft een nadere invulling aan de in artikel 7:401 BW opgenomen algemene zorgplicht die een opdrachtnemer in acht moet nemen. *“De opdrachtnemer moet de opdrachtgever op de hoogte houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht en hem onverwijld in kennis stellen van de voltooiing van de opdracht, indien de opdrachtgever daarvan onkundig is”*, zo luidt artikel 7:403 lid 1 BW. En: *“De opdrachtnemer doet aan de opdrachtgever verantwoording van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten”*, aldus de eerste zin van artikel 7:403 lid 2 BW.

Ter zake van een geschil over een arbitrageprocedure oordeelde de Hoge Raad dat op grond van artikel 7:403 op arbiters bij de voldoening aan hun opdracht:

*“(...) geen andere informatie- en verantwoordingsplichten rusten dan om partijen te informeren over de procedure die de arbiters zich voorstellen te volgen, en om tijdens de behandeling van het geschil genomen beslissingen — al naar gelang de aard daarvan — te motiveren, evenals de uitspraak zelf.*

*3.5.2 Voor zover echter de arbiters ter zitting beslissingen hebben genomen, of partijen afspraken hebben gemaakt dan wel stellingen van de wederpartij als juist hebben erkend, volgt uit de aard van de door de arbiters aanvaarde opdracht dat zij wel degelijk zijn gehouden op verzoek van partijen of een van hen die beslissingen, afspraken of erkenningen alsnog vast te leggen in een schriftelijk verslag. Dit geldt ook indien dit niet uitdrukkelijk tussen de procespartijen en de arbiters is overeengekomen.”*<sup>415</sup>

Aangezien de aard van de door ‘onzuiver bindend adviseurs’ aanvaarde opdracht in de regel hetzelfde is als de aard van de opdracht die arbiters hebben, te weten

410. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 324.

411. HR 15 juni 2012, JOR 2012/314, m.nt. P.E. Ernste (*PricewaterhouseCoopers*).

412. Zie voor Aanbeveling 98/257/EG betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk. Aanbeveling 2001/310/EG met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn, wordt nader besproken in paragraaf 4.3. Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/63.

413. Vgl. HR 28 juni 1991, NJ 1992/420.

414. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 324.

415. HR 29 januari 2010, NJ 2011/270, m.nt. H.J. Snijders (*Van Wassenaar van Catwijck/Knowsley*).

het beslechten van datgene wat partijen verdeeld houdt door middel van een bindende uitspraak, is er naar mijn mening voldoende aanleiding tot het van overeenkomstige toepassing verklaren van deze uitspraak van de Hoge Raad op onzuiver bindend advies. De zorgplicht zal dan ook meebrengen dat de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep partijen dienen te informeren over de procedure die zij zich voorstellen te volgen en de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep (bindende én niet-bindende) zullen beslissingen en oordelen — al naargelang de aard daarvan — zullen motiveren.<sup>416</sup> Wanneer de Ombudsman, de Geschillencommissie of de Commissie van Beroep tijdens een hoorzitting<sup>417</sup> beslissingen hebben genomen, of partijen afspraken hebben gemaakt dan wel stellingen van de wederpartij als juist hebben erkend, volgt uit de aard van de door de (leden van) de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep aanvaarde opdracht dat zij zijn gehouden op verzoek van partijen of een van hen die beslissingen, afspraken of erkenningen alsnog vast te leggen in een schriftelijk verslag. Dit geldt ook indien dit niet uitdrukkelijk tussen de procespartijen en de (leden van de) Ombudsman, de Geschillencommissie of de Commissie van Beroep is overeengekomen, zo kan uit de jurisprudentie worden opgemaakt.<sup>418</sup> Het HvJ EU heeft in zijn rechtspraak inmiddels meer dan duidelijk gemaakt dat rechters gehouden zijn ambtshalve te toetsen of contractuele bepalingen waaraan partijen rechten (wensen te) ontnemen in strijd komen met bepalingen van Europees consumentenrecht.<sup>419</sup> Aangenomen mag worden dat ook de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep bij de totstandkoming van een beslissing ambtshalve dienen te toetsen of een partij zich beroept op verbintenissen die in strijd komen met bepalingen van Europees consumentenrecht die gelijkwaardig zijn “aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden”.<sup>420</sup> Dit vanwege de hiervoor omschreven aard van de opdracht die de geschillenbeslechters bij Kifid hebben, maar ook omdat het zonder meer in stand laten van een prestatie die in strijd komt met bepalingen van Europees consumentenrecht die gelijkwaardig zijn “aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden” kan leiden tot vernietigbaarheid van de beslissing op grond van artikel 7:904 BW. De Geschillencommissie en de Commissie van Beroep dienen, mede gezien de uitspraak van het *Mostaza Claro*-arrest van het Europees Hof van Justitie, bij de totstandkoming van een beslissing dan ook onder meer ambtshalve te toetsen of de daaraan ten grondslag liggende vaststellingsovereenkomst — en dus ook haar procesreglement — onredelijk bezwarende bepalingen bevat die mogelijk buiten toepassing moeten worden gelaten.<sup>421</sup> Acht de Commissie waarbij het geschil aanhangig is gemaakt een bepaling onredelijk, dan zal zij deze bepaling buiten toepassing moeten laten, echter niet vooraleer zij zich ervan heeft vergewist dat de Consument

416. Vgl. Ernste 2015, p. 12 en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/63.

417. Zie ook artikel 24, 40.1 en 53.3 ROGFD en artikel 9 van het Reglement van Beroep.

418. HR 29 januari 2010, NJ 2011/270, m.nt. H.J. Snijders.

419. Vgl. het Rapport LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing II 2014. Zie over bij deze toetsing te hanteren gezichtspunten Pavillon 2014, p. 163-172.

420. HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, Jur. 2009, p. I-9579; NJ 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom Telecomunicaciones*).

421. HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, Jur. 2006, p. I-10421, NJ 2007/201 (*Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium*). Zie ook het Rapport LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing II 2014, p. 23.

daar geen bezwaren tegen heeft.<sup>422</sup> De Commissie die het geschil behandelt, zal er immers ook rekening mee moeten houden dat partijen niet willen dat de betrokken bepaling buiten toepassing wordt gelaten en dient partijen daarom in de gelegenheid te stellen zich over het een en ander uit te laten en, zo nodig, hun stellingen daaraan aan te passen.<sup>423</sup> In het Rapport LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing II 2014 wordt uitgebreid stilgestaan bij de vraag hoe deze ambtshalve toetsing juridisch vorm dient te krijgen. De werkgroep zegt hierover het volgende:

*“Er zijn twee normen die in aanmerking komen, te weten de nietigheid van bedingen die in strijd zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40) en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248). In Ambtshalve toepassing (2010) is betoogd dat beide wegen begaanbaar zijn. De werkgroep heeft – gehoord de reacties van de rechtbanken – toen een voorkeur uitgesproken voor de weg van art. 3:40, omdat deze nauwer aansluit bij de gedachte die in het arrest Asturcom (2009) tot uiting komt, namelijk dat de consumentenbeschermende regels met recht van openbare orde gelijk zijn te stellen. Inmiddels heeft de Hoge Raad in het arrest Heesakkers/Voets ook die weg gekozen, immers de Hoge Raad zegt in dit arrest dat de rechter ‘gehouden is het beding te vernietigen’.<sup>91</sup>*

*Bij toepassing van art. 3:40 in een geval waarin de wet het woord vernietigbaar gebruikt wordt in het geval van ambtshalve toetsing aangenomen dat niet sprake is van vernietigbaarheid maar van nietigheid omdat ‘uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit’ (art. 3:40 lid 2 slot).”*

De vraag is of datgene wat voor de Nederlandse rechter geldt ook geldt voor bindend adviseurs. Ik ben geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden en wel om de volgende reden. Artikel 7:901 lid 1 BW bepaalt dat “de totstandkoming van de vaststelling is gebonden aan de vereisten waaraan moet worden voldaan om de met de beslissing beoogt de rechtstoestand, uitgaande van die daarvan zijn mogelijk afwijkt, tot stand te brengen”. Hiermee heeft de wetgever tot uiting gebracht dat de vaststellingsovereenkomst dispositieve werking heeft.<sup>424</sup>

Artikel 3:50 lid 1 BW schrijft voor dat een buitengerechtelijke verklaring die een rechtshandeling vernietigt, door hem in wiens belang de vernietigingsgrond bestaat, wordt gericht tot hen die partij bij de rechtshandeling zijn. Hartkamp & Sieburgh zeggen hierover onder meer het volgende:

*“Bevoegd tot het doen van een beroep op een vernietigingsgrond is hij, in wiens belang die grond bestaat, dus bijvoorbeeld de minderjarige (vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger, zie hiervóór nr. 114), de partij die onder de invloed van een wilsgebrek heeft gecontracteerd, de wederpartij van de gebruiker van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden.*

*Een buitengerechtelijke verklaring moet door deze persoon worden gericht tot hen die partij bij de rechtshandeling zijn (art. 3:50 lid 1 BW). Wordt de vernietiging*

422. HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, RvdW 2009/1070 (Pannon); HvJ EG 14 juni 2012, C-618/10, NJ 2012/512, m.nt. Mok (Banesto/Camino).

423. Zo blijkt ook uit HvJ EG 17 december 2009, C-227/08 (Martin Martin/EDP Editores) en HR 13 september 2013, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans. Vgl. het Rapport LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing II 2014, p. 16-18.

424. Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3, p. 33. Vgl. Ernste 2012, p. 63.



*uitgesproken door een partij bij een overeenkomst, dan moet de verklaring derhalve gericht zijn tot de wederpartij c.q. de andere partijen bij die overeenkomst; wordt zij uitgesproken door een derde, bijvoorbeeld een door de overeenkomst benadeelde schuldeiser (art. 3:45 BW), dan moet zij tot beide (alle) partijen zijn gericht.”<sup>425</sup>*

Het voorgaande betekent in beginsel dat het voor het tot stand brengen van een door een bindend adviseur uitgesproken vernietiging van een beding (de beoogde rechtstoestand oftewel vaststelling) noodzakelijk is dat de partij in wier belang de vernietigingsgrond bestaat (bij Kifid zal dat in de regel de Consument zijn) zich door een buitengerechtigde verklaring die hij richt tot zijn wederpartij (de Aangeslotene) de vernietiging van dat beding uitspreekt. De totstandkoming van de vaststelling is gebonden aan de vereisten. Het lijkt er derhalve op dat de hierboven genoemde weg via artikel 6:2 en 6:248 BW voor bindend adviseurs aantrekkelijker is, omdat er in dat geval geen vereisten zijn waaraan moet worden voldaan om de met de beslissing beoogde rechtstoestand (het buiten toepassing blijven van de werking van het onredelijke beding) tot stand te brengen. De beslissing van de bindend adviseur valt in dat geval samen met de vaststelling. Artikel 7:901 lid 3 BW bepaalt echter dat voor zover aan de vereisten om de met de beslissing beoogde rechtstoestand tot stand te brengen kan worden voldaan door een verklaring van partijen of een hunner, deze verklaring in de vaststellingsovereenkomst besloten wordt geacht, tenzij uit overeenkomst anders voortvloeit.

Het “*derde lid beoogt onnodige complicaties te vermijden, zulks door – zo de beoogde rechtstoestand door enkele partijverklaring(en) tot stand gebracht kan worden – deze verklaring(en) in beginsel in de vaststellingsovereenkomst opgesloten te achten. Men denke bij voorbeeld aan afstand van een vordering, aan bevestiging van een vernietigbare rechtshandeling, aan toestemming tot een nadere overeenkomst, aan bezitsverschaffing van een roerende zaak met het oog op de levering op de wijze die wordt mogelijk gemaakt in artikel 3.5.9. In deze gevallen bestaat derhalve tussen de declaratieve en de dispositieve leer nauwelijks verschil.*”<sup>426</sup>

De vraag is of artikel 7:901 lid 3 BW uitkomst biedt in het geval een bindend adviseur de vernietiging van een beding uitspreekt en dus geen gebruikmaakt van de weg via artikel 6:2 en 6:248 BW. Ik denk dat deze vraag positief dient te worden beantwoord. Zojuist is namelijk gezien artikel 3:50 lid 1 BW gebleken dat een buitengerechtigde verklaring die een onredelijk bezwarend beding vernietigt tot stand kan worden gebracht door een verklaring van de partij in wier belang de vernietigingsgrond bestaat, mits deze verklaring zich richt tot de gebruiker van het onredelijk bezwarend beding. De uitzondering van artikel 7:901 lid 3 BW doet zich hier dus voor. Dit betekent naar mijn mening dat, wanneer een bindend adviseur de vernietiging van een beding uitspreekt, deze beslissing met de vaststelling samenvalt en er verder geen uitvoeringshandelingen van partijen meer nodig zijn om de met de beslissing beoogde rechtstoestand tot stand te brengen. Ook wanneer een bindend adviseur beslist dat een beding nietig is, zal deze beslissing met de vaststelling samenvallen, omdat er verder geen uitvoeringshandelingen van partijen meer nodig zijn om de met de beslissing beoogde rechtstoestand tot stand te brengen. Beide door de ‘*werkgroep Ambtshalve toetsing*’ genoemde wegen staan concluderend naar mijn mening open voor bindend adviseurs, ongeacht of dit nadruk-

425. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/620.

426. Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3, p. 37.

kelijk zo is bepaald in de vaststellingsovereenkomst of niet.<sup>427</sup> Uit een aantal uitspraken van de Geschillencommissie blijkt overigens dat de commissie in de praktijk altijd kiest voor de weg via artikel 6:248 BW, waarbij zij in de betreffende gevallen steeds tot het oordeel komt dat een beroep op een bepaald beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>428</sup>

Volgens artikel 1 van de statuten van Kifid zijn het Bestuur, de Minister, de Auditcommissie, de Commissie van Beroep, de Geschillencommissie, de Remuneratiecommissie en de (substituut-)Ombudsman organen in de zin van die statuten. De vraag is of de (substituut-)Ombudsman, de leden van de Geschillencommissie en de leden van de Commissie van Beroep daarmee ook beschouwd kunnen worden als orgaan in de zin van artikel 2:14 en 2:15 BW en deze artikelen ook betrekking hebben op door de (substituut-)Ombudsman, de leden van de Geschillencommissie en de leden van de Commissie van Beroep genomen besluiten. Volgens Blanco Fernández komt het bij die vraag in beginsel aan op de verwachtingen die betrokkenen redelijkerwijs mogen ontleenen aan een letterlijke lezing van de statuten, althans zo begrijp ik hem.<sup>429</sup> Deze lijn volgend zou deze vraag bevestigend dienen te worden beantwoord. Volgens Dijk & Van der Ploeg dienen alleen organisatorische eenheden waaraan statutaire beslissingsbevoegdheden zijn toebedeeld tot de organen te worden gerekend in de zin van deze artikelen.<sup>430</sup> Volgens het Hof Arnhem volgt uit het stelsel van de wet echter, dat onder het begrip ‘orgaan’ kan worden verstaan een uit een of meer personen bestaande functionele eenheid die door de wet of de statuten met ‘beslissingsbevoegdheid in vennootschappelijke aangelegenheden’ is bekleed.<sup>431</sup> Ik ben van mening dat de Commissie van Beroep, de Geschillencommissie, en de (substituut-)Ombudsman niet met wat het Hof Arnhem ‘beslissingsbevoegdheid in vennootschappelijke aangelegenheden’ noemt zijn bekleed en om die reden ook niet dienen te worden aangemerkt als orgaan in de zin van die artikelen. Het zou ook onwenselijk zijn dat Kifid als rechtspersoon op grond van artikel 15 lid 3 onderdeel b BW besluiten van de Commissie van Beroep, de Geschillencommissie, en de (substituut-)Ombudsman zou kunnen aantasten. Dit zou afbreuk doen aan hun onafhankelijkheid.<sup>432</sup>

De (leden van de) Commissie van Beroep, de Geschillencommissie, en de (substituut-)Ombudsman behoren door hun statutaire en reglementaire binding met Kifid overigens wel tot de kring van personen als bedoeld in artikel 2:8 BW. Dit betekent dat de scheidslieden van Kifid en alle anderen die krachtens de wet en de statuten

427. Vgl. Ernste 2012, p. 63-66.

428. Vgl. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 118 d.d. 5 mei 2011; Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 293 d.d. 25 oktober 2011; Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-110 d.d. 4 april 2012; Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-188 d.d. 18 juni 2013; Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-230 d.d. 16 juli 2013 en de Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-30 d.d. 17 januari 2014.

429. Hof Arnhem 10 juli 2012, *JOR* 2012/318, m.nt. J.M. Blanco Fernández.

430. Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 93.

431. Hof Arnhem 10 juli 2012, *JOR* 2012/318, m.nt. J.M. Blanco Fernández. Zie ook Van Schilfgaarde 2013, p. 305.

432. In de statuten van Kifid wordt de Minister van Financiën ook als orgaan benoemd en wordt hem beslissingsbevoegdheid toegekend in aangelegenheden die gezien de uitspraak van het Hof Arnhem 10 juli 2012, *JOR* 2012/318 tot de conclusie zouden kunnen leiden dat de minister ook daadwerkelijk als een orgaan van Kifid dient te worden aangemerkt. Vgl. Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 94. Om de minister als orgaan van Kifid te kunnen betitelen is het naar mijn mening echter noodzakelijk dat deze de positie van orgaan van Kifid aanvaardt, vgl. Van Schilfgaarde 2013, p. 171.

bij de organisatie van Kifid zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Zo zullen de redelijkheid en billijkheid mijns inziens vorderen dat de Geschillencommissie met het oog op de rechtseenheid en rechtsgelijkheid bij haar oordelen en uitspraken in voorkomende gevallen rekening dient te houden met uitspraken van de Commissie van Beroep in gelijksoortige zaken, ook al staan de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep niet in een hiërarchische verhouding tot elkaar.<sup>433</sup> Dit betekent overigens niet dat de Geschillencommissie de Commissie van Beroep slaafs moet volgen, maar de redelijkheid en billijkheid zal wel van de Geschillencommissie vorderen dat zij moet voorkomen dat zij ten koste van partijen volhardt in een eigen visie wetende dat de Commissie van Beroep haar bindend advies in hoger beroep nooit zal handhaven. Overigens geeft de Geschillencommissie soms nadrukkelijk blijk rekening te houden met uitspraken van de Commissie van Beroep.<sup>434</sup> In voorgaande paragrafen is gebleken dat Kifid jegens partijen die een geschil ter beslechting aan Kifid hebben voorgelegd de verbintenis op zich heeft genomen dit geschil te beslechten, althans daarin te bemiddelen. Kifid schakelt voor de uitvoering van die verbintenis diverse personen in, onder wie de door haar aangestelde scheidslieden. Gezien artikel 6:76 BW is Kifid voor de gedragingen van de personen die hij betreft bij de uitvoering van de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst van opdracht die Kifid met de partijen die een geschil ter beslechting aan Kifid hebben voorgelegd is aangegaan op gelijke wijze aansprakelijk als voor zijn eigen gedragingen.<sup>435</sup>

Gezien het *PricewaterhouseCoopers*-arrest kunnen door de (leden van de) Geschillencommissie en de Commissie van Beroep gemaakte fouten eerst tot aansprakelijkheid van Kifid jegens (een van de) partijen leiden dan wel een gegrond verweer opleveren tegen diens vordering tot betaling van de overeengekomen vergoeding, indien het in de verhouding van Kifid tot (een van de) opdrachtgevers in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn aan die fouten geen gevolgen ten nadele van Kifid te verbinden.

*“Een minder strikte maatstaf zou tot de onwenselijke gevolgen kunnen leiden dat bindend adviseurs niet in vrijheid en onbevangenheid kunnen oordelen, en dat een partij de nadelige gevolgen van een (naar inhoud of wijze van totstandkoming) onjuist bindend advies gemakkelijker op de bindend adviseurs zou kunnen afwentelen dan dat zij de bindende kracht daarvan langs de weg van art. 7:904 zou kunnen aan tasten.”*<sup>436</sup>

Opgemerkt kan overigens worden dat het *PricewaterhouseCoopers*-arrest weliswaar betrekking had op de aansprakelijkheid van bindend adviseurs en niet zag op de aansprakelijkheid van een bindend-advies-instituut vanwege door de bindend adviseurs gemaakte fouten, maar dat maakt naar mijn mening geen verschil voor de aansprakelijkheidsmaatstaf.

433. Zie ook Hammerstein 2014, p. 17-18.

434. Vgl. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-064 d.d. 5 maart 2015, r.o. 4.2 en 4.3.

435. Aldus ook Ernste 2012, p. 52.

436. HR 15 juni 2012, JOR 2012/314, m.nt. Ernste (*PricewaterhouseCoopers*).

#### 4.7.6 De rechtsverhouding tussen de partijen en de scheidslieden

De omstandigheid dat er bij Kifid in de regel geen overeenkomst tot stand zal komen tussen de procespartijen enerzijds en de scheidslieden van dit instituut anderzijds,<sup>437</sup> betekent niet dat de procespartijen en de scheidslieden bij Kifid, zoals Du Perron het zegt, “door een normloos niemandsland van elkaar zijn gescheiden”.<sup>438</sup> De scheidslieden dienen zich in ieder geval jegens de procespartijen te gedragen zoals in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Vanuit het oogpunt van maatschappelijke betamelijkheid mag van scheidslieden worden verwacht dat zij jegens partijen dezelfde zorgvuldigheid in acht nemen als zij op grond van hun opdracht in acht hebben te nemen jegens Kifid.<sup>439</sup> Dit betekent onder meer dat de scheidslieden niet alleen jegens Kifid maar ook jegens de procespartijen rekening hebben te houden met de in de eerder besproken Europeesrechtelijke aanbevelingen opgenomen regels bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen. Daarnaast zijn de scheidslieden, zo is reeds eerder ter sprake gekomen, bij het opstellen van een bindend advies, in beginsel aan dwingend recht gebonden. Het voorgaande betekent overigens niet dat iedere onjuiste handeling van een onzuiver bindend adviseur<sup>440</sup> zal leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, zo valt af te leiden uit het *Greenworld*-arrest. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat arbiters slechts persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor gemaakte fouten indien zij met betrekking tot hun beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.<sup>441</sup> Met Ernste ben ik van mening dat deze ten aanzien van arbiters gehanteerde maatstaf heeft, of althans zou moeten hebben, te gelden voor bindend adviseurs die een onzuiver bindend advies hebben opgesteld.<sup>442</sup> Op het volgende punt kan ik Ernste echter niet volgen. Zij stelt dat uit het arrest *Greenworld* voortvloeit dat een bindend adviseur pas aansprakelijk zal zijn wanneer aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan:

*“1) het bindend advies moet op grond van artikel 7:904 lid 1 BW buitengerechtelijk met instemming van beide partijen dan wel gerechtelijk zijn vernietigd en 2) de bindend adviseur moet met betrekking tot het vernietigde bindend advies opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.”*<sup>443</sup>

Anders dan zij maak ik uit het arrest niet op dat de Hoge Raad voor aansprakelijkheid van een arbiter de voorwaarde stelt dat het arbitraal vonnis na aanwending van een rechtsmiddel moet zijn vernietigd en daarom stel ik eerstgenoemde voorwaarde niet. Het stellen van eerstgenoemde voorwaarde heeft ook het ongewenste

437. Zie hieromtrent paragraaf 4.7.1.

438. Du Perron 1999, p. 81.

439. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/204, Lindenbergh, in: *T&C BW* 2013, art. 6:162 BW, aant. 8e. Vgl. Ernes & Lamers 2012a, p. 451-458 en Ernes & Lamers 2012b, p. 30. Zie ook HR 29 mei 1998, *NJ* 1999/98 (*Mooijman/Netjes*) en HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/59 (*Wierits/Dakdekkersbedrijf*).

440. Met de term ‘onzuiver bindend adviseur’ wordt bedoeld op een bindend adviseur die tot taak heeft een onzuiver bindend advies uit te brengen.

441. HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld*).

442. Ernste 2012, p. 278.

443. Ernste 2012, p. 276.

gevolg dat een bindend adviseur niet aansprakelijk zou zijn in het geval er sprake is van een nietige beslissing in de zin van artikel 7:902 BW. In dat geval komt men namelijk niet meer toe aan artikel 7:904 BW.

#### 4.8 Samenvatting

In dit hoofdstuk is gezocht naar een antwoord op de vraag wat voor Kifid de meest relevante rechtsnormen zijn. Dit in het licht van de centrale vraag in dit proefschrift of Kifid thans is ingericht en functioneert in overeenstemming met de voor hem geldende juridische randvoorwaarden. Blijkens artikel 3.1 onder a van zijn statuten heeft Kifid ten doel *“het in stand houden van een door de Minister erkend bemiddelingsorgaan en (bindend) adviescollege bij Klachten met betrekking tot het leveren van Financiële diensten, zoals gedefinieerd in de Wet op het financieel toezicht”*. Dit impliceert dat Kifid een op grond van artikel 16 lid 1 van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillen-beslechting consumenten aangewezen instantie tot beslechting van geschillen met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming wenst te zijn. Als zodanig aangewezen instanties hebben in ieder geval te voldoen aan de eisen die de Implementatiewet en het BGfo aan hen stellen.

Naast een aantal in de Implementatiewet en in het BGfo gestelde eisen hebben Kifid en zijn scheidslieden voorts rekening te houden met de in Aanbeveling 98/257/EG en Aanbeveling 2001/310/EG genoemde beginselen en principes, zo is voorts in dit hoofdstuk gebleken. Hierbij kan worden aangetekend dat de uitgangspunten neergelegd in Aanbeveling 98/257/EG volgens de wetgever ook alle terugkomen in artikel 44-47 BGfo en de in de Implementatiewet gestelde eisen onder meer zijn geïnspireerd op voornoemde aanbevelingen.

Om de vraag te kunnen beantwoorden wat voor Kifid de meest relevante rechtsnormen zijn, is noodzakelijkerwijs ook nader bezien hoe de onderlinge rechtsverhouding tussen de verschillende actoren bij en organen van Kifid juridisch valt te kwalificeren, hetgeen een kwestie van uitleg is.

Mede op grond van de uitkomsten van een Delphi-onderzoek is geconstateerd dat er bij Kifid in de regel geen overeenkomst tot stand zal komen tussen de procespartijen enerzijds en de scheidslieden van dit instituut anderzijds (paragraaf 4.7.1).

De scheidslieden dienen zich jegens de procespartijen wel te gedragen zoals in het maatschappelijk verkeer betamelijk is (paragraaf 4.7.6). De relatie tussen Kifid en zijn scheidslieden kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht (paragraaf 4.7.5), hetgeen ook heeft te gelden voor de aansluitovereenkomst tussen Kifid en zijn Aangeslotenen (paragraaf 4.7.2).

De aansluitovereenkomst kan tevens worden gekwalificeerd als een wederkerige overeenkomst. Dientengevolge is ook titel 5 van Boek 6 BW van toepassing, waardoor de statuten en reglementen van Kifid algemene voorwaarden kunnen bevatten in de zin van artikel 6:231 e.v. BW. Kifid is een dienstverrichter als bedoeld in artikel 6:230a BW die diensten verricht als bedoeld in Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* L 376). Kifid heeft daardoor onder meer te voldoen aan alle in artikel 6:230b BW opgesomde informatieplichten. Of Kifid daaraan voldoet is onduidelijk. Ter afsluiting kan nog worden vermeld dat

Aangeslotenen door hun statutaire en reglementaire binding met Kifid tot de kring van personen behoren als bedoeld in artikel 2:8 BW (paragraaf 4.7.3).

De rechtsverhouding tussen ‘de klager’ en de Aangeslotene wordt beheerst door titel 7.15 BW, indien zij uitdrukkelijk met elkaar zijn overeengekomen hun geschil bindend te laten beslechten door Kifid. De rechtsverhouding tussen beiden voldoet in dat geval namelijk aan de wettelijke omschrijving van de vaststellingsovereenkomst (paragraaf 4.7.4). Cruciaal in titel 7.15 BW voor bindend advies zijn artikel 7:900, 7:902 en 7:904 BW. Artikel 7:902 BW bepaalt dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat scheidslieden bij het opstellen van een bindend advies in beginsel aan dwingend recht zijn gebonden. In de doctrine bestaat verschil van mening over de vraag of een beslissing ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk steeds nietig zal zijn op grond van artikel 7:902 BW, indien bij de totstandkoming van die beslissing dwingend recht bewust buiten toepassing wordt gelaten of bewust onjuist wordt toegepast. Met Asser, Sieburgh, Hartkamp en Loos ben ik — mede gezien het arrest *Esmilo/Mediq* — van mening dat dit standpunt te rigide is, omdat een tussen partijen in beginsel geldende regel — ook al is deze van dwingend recht of zelfs van openbare orde — niet van toepassing is, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Een beslissing waarbij van dwingend recht of zelfs van recht van openbare orde wordt afgeweken zal wel bijzonder goed dienen te worden gemotiveerd (paragraaf 4.7.4).

De (leden van de) Commissie van Beroep, de Geschillencommissie, en de (substituut-)Ombudsman behoren door hun statutaire en reglementaire binding met Kifid overigens wel tot de kring van personen als bedoeld in artikel 2:8 BW. Dit betekent dat de scheidslieden van Kifid en alle anderen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van Kifid zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Zo zal de redelijkheid en billijkheid mijns inziens vorderen dat de Ombudsman en de Geschillencommissie zich met het oog op de rechtseenheid en rechtsgelijkheid bij hun oordelen en uitspraken in voorkomende gevallen rekening dienen te houden met uitspraken van de Commissie van Beroep in gelijk soortige zaken, ook al staan de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep niet in een hiërarchische verhouding tot elkaar (paragraaf 4.7.5).

Vanuit het oogpunt van maatschappelijke betamelijkheid mag van scheidslieden worden verwacht dat zij jegens partijen dezelfde zorgvuldigheid in acht nemen als zij op grond van hun opdracht in acht hebben te nemen jegens Kifid. Dit betekent onder meer dat de scheidslieden niet alleen jegens Kifid maar ook jegens de procespartijen rekening hebben te houden met voornoemde Europeesrechtelijke aanbevelingen opgenomen regels bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen (paragraaf 4.7.6). Dit betekent overigens niet dat iedere onjuiste handeling van een onzuiver bindend adviseur zal leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Uit het arrest *Greenworld* kan de conclusie worden getrokken dat een bindend adviseur pas aansprakelijk zal zijn wanneer deze met betrekking tot het bindend advies opzettelijk of bewust roekeloos dan wel met kennelijke grove mis-

kenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt heeft gehandeld (paragraaf 4.7.6).

Bij nadere bestudering van het complex van voor Kifid relevante rechtsverhoudingen is derhalve gebleken dat deze worden beheerst door een scala van uiteenlopende rechtsnormen. In het hiernavolgende hoofdstuk zal de vraag worden beantwoord of Kifid, gezien de op 1 januari 2013 in werking getreden wijziging van de voor hem geldende in het BGfo opgenomen erkenningsregeling en de inwerkingtreding van de Implementatiewet, thans nog wel is ingericht en functioneert in overeenstemming met het huidige positieve recht. In het bijzonder zal daarbij aandacht worden besteed aan de statuten, het ROGFD en het Reglement van Beroep.





## Hoofdstuk 5

# De statuten en reglementen van Kifid bezien in het licht van het complex van voor Kifid relevante rechtsnormen en rechtsverhoudingen

### 5.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 van dit boek is de vraag opgeworpen of Kifid, mede gezien de op 1 januari 2013 in werking getreden wijziging van de voor hem geldende in het BGfo opgenomen erkenningsregeling en de inwerkingtreding van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (hierna: de Implementatiewet), thans nog wel is ingericht en functioneert in overeenstemming met het huidige positieve recht. In hoofdstuk 4 is, om die vraag te kunnen beantwoorden, bezien wat voor Kifid de meest relevante rechtsnormen zijn. In dit hoofdstuk zal de in hoofdstuk 3 opgeworpen vraag worden beantwoord. Reeds eerder is ter sprake gekomen dat de Ombudsman Financiële Dienstverlening, de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening en de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening dienen te beschikken over en te handelen in overeenstemming met een (proces)reglement dat (ten minste) voldoet aan de in de Implementatiewet en het BGfo gestelde eisen. Hierna zal met name worden bezien of de statuten en reglementen van Kifid voldoen aan die eisen. Hierbij kan overigens worden opgemerkt dat Kifid het ROGFD per 1 oktober 2014 heeft gewijzigd. In het Kifid jaarverslag 2013 had Hammerstein hieromtrent al het volgende opgemerkt:

*“Een belangrijk punt dat vorig jaar uit het overleg met de branche en consumenten naar voren kwam, is dat het huidige proces van klachtenbehandeling te lang duurt. Daarom denken wij na over een herinrichting van de structuur, waarbij we vooral kijken naar een andere rol voor de Ombudsman. De stakeholders wensen in deze eerste fase geen oordeel maar bemiddeling, om meer klachten in overleg op te lossen. Aan die wens gaan we — als het even kan — in 2014 tegemoetkomen voor de klachten die aan discussie onderhevig zijn. Voor ons is dit een manier om onze capaciteit efficiënter in te zetten: we besteden meer aandacht aan klachten die dat verdienen en er gaat minder tijd naar zaken die we toch niet kunnen oplossen. Bovendien halen we dubbel werk eruit voor de gevallen waarin consumenten na het oordeel van de Ombudsman doorgaan naar de Geschillencommissie.”<sup>444</sup>*

Uit de Algemene inleiding bij het vernieuwde ROGFD blijkt dat de belangrijkste reden voor deze reglementswijziging is gelegen in de wens om mede met het oog op de implementatie van de Richtlijn ADR consumenten de doorlooptijd van de procedure bij Kifid te bekorten. Met het oog daarop zijn er in het reglement termijnen herzien en mogelijkheden tot uitstel beperkt. Er zijn echter meer redenen

444. Jaarverslag Kifid 2013, p. 3, [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl). Zie echter ook pagina 26 van dit jaarverslag en het op de website van Kifid gepubliceerde nieuwsbericht van 24 september 2014: [www.kifid.nl/](http://www.kifid.nl/), onder de knop 'Nieuws'.

waarom Kifid tot de meest recente reglementswijziging is gekomen. Zo beoogt Kifid vooruit te lopen op de inwerkingtreding van bovengenoemde Implementatiewet. Voorts is van de gelegenheid gebruikgemaakt om het reglement waar mogelijk gemakkelijker toegankelijk te maken.

*“Dat geldt in het bijzonder voor de bepalingen die de procedure beschrijven. Verder zijn beslissingen over de uitleg van het reglement in de tekst verwerkt. Ook is het reglement aangepast aan de regels die daaraan binnenkort krachtens de ADR-richtlijn zullen worden gesteld. Tot slot zijn bepalingen die zowel in de statuten van Kifid als in het reglement stonden uit het reglement geschrapt. Het gaat daarbij vooral om de bepalingen die de onafhankelijkheid van de geschilbeslechting statutair funderen”, zo blijkt uit de eerdergenoemde Algemene inleiding op bladzijde 1 van het vernieuwde ROGFD.*

In hoofdstuk 4 is gebleken dat Kifid naast het ROGFD en het Reglement van Beroep nog een aantal andere reglementen kent. Deze reglementen komen in dit hoofdstuk in beginsel verder niet meer ter sprake, met name omdat de Implementatiewet en het BGfo geen nadere eisen stellen aan deze reglementen, zij het dat er kort enige aandacht zal worden besteed aan het Kostenreglement Kifid met het oog op de eisen ten aanzien van onafhankelijk en onpartijdigheid van Kifid. Het Reglement Bemiddelaar en Geschillencommissie inzake geschillenbeslechting rentederivaten (Reglement rentederivaten) heeft wel te voldoen aan de in de Implementatiewet en het BGfo gestelde eisen, maar zal vanwege de tijdelijke aard van het klachtenloket rentederivaten mkb buiten beschouwing blijven.

## 5.2 **Een duidelijke omschrijving van de soort geschillen die aan Kifid kunnen worden voorgelegd**

Gezien artikel 48 lid 1 onderdeel a BGfo, dienen het ROGFD en het Reglement van Beroep allereerst een duidelijke omschrijving te geven van de geschillen die ter behandeling aan de Ombudsman, Geschillencommissie en Commissie van Beroep kunnen worden voorgelegd. Er is naar mijn mening sprake van een duidelijke omschrijving, indien deze leesbaar en begrijpelijk is voor de doelgroep van Kifid, waarbij niet uit het oog mag worden verloren tot welke maatschappelijke kringen deze doelgroep behoort en welke rechtskennis van deze doelgroep mag worden verwacht. In dat verband mag niet worden vergeten dat Kifid is bedoeld als een laagdrempelig klachteninstituut dat bemiddelt in en oordeelt over geschillen tussen consumenten en financiële dienstverleners. De reglementen dienen dan ook begrijpelijk te zijn voor zowel financiële dienstverleners als consumenten.

Onder verwijzing naar de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft<sup>445</sup> is in het vorige hoofdstuk opgemerkt dat bij de in artikel 48 lid 1 onderdeel a bedoelde omschrijving dient te worden gedacht aan een beschrijving van de soorten geschillen die aan de geschilleninstantie kunnen worden voorgelegd, alsmede de eventueel bestaande grenzen ten aanzien van het geografisch gebied waarvoor het orgaan bevoegd is en van de waarde van het onderwerp van het geschil. Voorts is daar reeds gebleken dat de procesreglementen

445. Stb. 2006, 520, p. 189.

van Kifid op grond van het bepaalde in artikel 48 lid 1 onderdeel d en p BGfo regels dienen te omvatten met betrekking tot de behandeling van een geschil door de door hem in stand gehouden geschilleninstanties.

Een beschrijving van de soorten geschillen die aan Kifid kunnen worden voorgelegd is terug te vinden in artikel 9, waarvan de aanhef luidt: *“Welke klachten behandelt Kifid en welke niet?”* Artikel 9.1 ROGFD bepaalt: *“Kifid behandelt Klachten van Consumenten over Financiële diensten tegen Aangeslotenen of, bij nawerking, voormalige Aangeslotenen.”*

Gezien artikel 9.1 ROGFD en mede gezien de in artikel 1 van voornoemd reglement opgenomen lijst met Begrippen, dient een potentiële klager onder meer te beoordelen of het geschil dat hij ter behandeling aan Kifid wenst voor te leggen te gelden heeft als een ‘Klacht’ in de zin van artikel 1 ROGFD. Daarvoor dient een potentiële klager gezien artikel 1 de begrippen ‘Financiële dienst’ en ‘Privacyklacht’ te kunnen doorgronden, hetgeen mee kan brengen dat de klager moet kunnen inschatten of zijn blijf van onvrede wellicht betrekking heeft op:

- een betaaldienst als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht;<sup>446</sup>
- een financiële dienst als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht, ook indien deze wordt verleend ten aanzien van een financieel instrument of van een overeenkomst van levensverzekering met pensioenclausule;
- een andere financiële dienst die krachtens de tussen een Aangeslotene en een Consument geldende overeenkomst(en) aan Kifid kan worden voorgelegd;
- de uitvoering van artikel 6-24, 27-30, 32-44, 76 en 77 Wet bescherming persoonsgegevens en/of de uitvoering van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen;
- de uitvoering van artikel 4-14, 25 en 26, 28-33, 35 en 36 Wet persoonsregistratie en/of de Privacy Gedragscode Banken 1995 en de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Verzekeringsbedrijf 1998.

Een potentiële klager zal derhalve op zoek moeten gaan naar diverse wetten en gedragscodes en daarin zijn weg moeten kunnen vinden teneinde vast te kunnen stellen of hij met zijn klacht bij Kifid terecht kan. Ik ben van mening dat dit niet van consumenten kan en mag worden verlangd. De reglementen schieten naar mijn mening op dit punt dan ook te kort. Het is naar mijn mening aan Kifid om op zijn minst in het reglement of op zijn website duidelijke verwijzingen naar genoemde wetsartikelen en gedragscodes op te nemen.<sup>447</sup> Overigens is het wel zo dat een consument zich tot het nieuwe ODR-platform kan richten met het verzoek te bepalen welke de bevoegde ADR-entiteit(en) is (zijn) ter zake van zijn klacht. Het ODR-platform heeft namelijk (onder meer) tot taak: (1) te bepalen welke de bevoegde ADR-entiteit(en) is (zijn); en (2) de klacht door te geleiden *“aan de ADR-entiteit die de partijen conform artikel 9 zijn overeengekomen te zullen gebruiken”*, zo blijkt uit artikel 5 lid 4 onderdeel c van de Verordening ODR consumenten. De wijze waarop het ODR-platform een bij hem ingediende klacht in behandeling neemt en — indien partijen zijn overeengekomen een ADR-entiteit te zullen gebruiken — doorgeleidt naar die ADR-entiteit, is uitgebreid beschreven in voornoemd artikel 9 van de Verordening ODR consumenten.

446. Daarvoor dient een consument weer te weten wat er staat in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten.

447. Zie ook de ‘Beleidsregel Informatieverstrekking’, *Stcrt.* 2013, 26584, p. 5. Vgl. Van Dam, Van Boom & Tuil 2012, p. 123.

In de procesreglementen van Kifid worden geen grenzen gesteld ten aanzien van het geografisch gebied waarvoor de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep bevoegd zijn, maar dat hoeft Kifid gezien de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ook niet.<sup>448</sup> Wel blijkt uit artikel 3 lid 1 en artikel 6 lid 1 ROGFD dat respectievelijk de Ombudsman en de Geschillencommissie alleen klachten behandelen indien op het onderwerp van die Klacht Nederlands recht van toepassing is. Ook blijkt uit deze artikelen dat beide geschillenbeslechtende organen alleen klachten van individuele Consumenten behandelen.

Artikel 9.2 ROGFD omschrijft een aantal Klachten die Kifid niet behandelt en luidt:

*“Kifid behandelt een Klacht niet indien en voor zover:*

- a) de Klacht al in behandeling is bij, of eerder is behandeld door, Kifid of door een van de voorgangers van Kifid.*
- b) de Klacht tot een beslissing heeft geleid van een rechter, een commissie van scheidsmannen, of een met Kifid vergelijkbare geschilleninstantie.*
- c) de Klacht wordt behandeld door een rechter, een commissie van scheidsmannen, of een met Kifid vergelijkbare geschilleninstantie, tenzij deze procedure door Aangeslotene is begonnen terwijl Consument zijn Klacht al aan Aangeslotene had voorgelegd.<sup>449</sup>*
- d) de Klacht door belangenvertegenwoordigende personen of organisaties voor een groep of groepen Consumenten wordt ingediend (collectieve actie).*
- e) de Aangeslotene waarop de Klacht betrekking heeft in staat van faillissement is geraakt, in surseance van betaling is komen te verkeren, onderworpen is aan een schuldsaneringsregeling volgens de Wet schuldsanering natuurlijke personen of indien een noodregeling op haar van toepassing is geworden.*
- f) Consument de verleende diensten of zaken heeft gevraagd of afgenomen van een buiten Nederland gelegen vestiging van Aangeslotene, tenzij op de betrokken overeenkomst Nederlands recht van toepassing is of daarin is neergelegd dat Consument eventuele Klachten aan Kifid kan voorleggen. In dat laatste geval zal Kifid de Klacht beoordelen naar Nederlands recht.*
- g) de hoofdsom van de vordering van Consument, exclusief vertragingsrente en kosten, op het moment van het voorleggen van de Klacht aan Kifid een bedrag van € 1 000 000 te boven gaat.<sup>450</sup>*
- h) de Klacht ziet op het weigeren van het aangaan van de relatie of van het uitbreiden van dienstverlening, tenzij aan de orde is of Aangeslotene misbruik heeft gemaakt van de hem toekomende contracteer- en beleidsvrijheid of bij zijn weigering heeft gehandeld in strijd met de wet.*
- i) de Klacht ziet op de wijze waarop bij een natura-verzekeringsovereenkomst (zoals een natura-uitvaartverzekering) de prestatie in natura wordt verricht. Kifid behandelt*

448. Stb. 2006, 520, p. 189.

449. Vgl. Beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-134 d.d. 18 maart 2014, RF 2014/63, waarbij aangetekend dient te worden dat op het betreffende geschil het oude ROGFD nog van toepassing was.

450. Vgl. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-206 d.d. 16 juli 2012 en Uitspraak Commissie van Beroep 2013-08 d.d. 22 februari 2013.

in afwijking hiervan wel Klachten over de uitvoering van rechtsbijstandsverzekeringen.<sup>451</sup>

j) de Klacht betrekking heeft op een handelen of nalaten van Aangeslotene in het kader van een specifieke functie van Aangeslotene bij een emissie of (her)plaatsing van effecten.

k) het feitelijk onderzoek dat nodig is voor de beoordeling van de Klacht zo tijdrovend of complex is, dat de Klacht zich naar het oordeel van de Voorzitter of de Commissie niet leent voor behandeling in de procedure bij Kifid.

l) de behandeling van de Klacht de effectieve werking van Kifid ernstig in gedrang zou brengen.”

In paragraaf 4.5.3 is ter sprake gekomen dat de wetgever in artikel 3 lid 2 Implementatiewet slechts een limitatief aantal gronden heeft opgenomen op basis waarvan instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting mogen weigeren geschillen te behandelen. De meeste van de hiervoor in artikel 9.2 onder a-l genoemde weigeringsgronden lijken te voldoen aan de in artikel 3 lid 2 Implementatiewet gestelde eisen of zijn om andere redenen toegestaan.

De in artikel 9.2 onder a, f, i, k en l opgenomen beperkingen lijken meer in het bijzonder te worden gesanctioneerd door het bepaalde in artikel 3 lid 2 onderdeel f Implementatiewet. In de in artikel 9.2 onder b en c opgenomen beperkingen is de onder c van artikel 3 lid 2 Implementatiewet opgenomen weigeringsgrond te herkennen. Gezien artikel 3 lid 2 onderdeel d van de Implementatiewet sanctioneert deze bepaling de in artikel 9.2 onder g ROGFD opgenomen grens. Artikel 9.2 onder d en h vallen gezien artikel 1 lid 1 onder a en artikel 2 lid 1 van de Implementatiewet buiten het toepassingsbereik van de Implementatiewet. De Implementatiewet staat dan ook niet aan deze weigeringsgronden in de weg. Het is de vraag of de onder e en j van artikel 9.2 opgenomen beperkingen wel zijn toegestaan. Kifid geeft niet aan onder welke van de in artikel 3 lid 2 Implementatiewet genoemde weigeringsgronden de onder e en j van artikel 9.2 opgenomen beperkingen zouden moeten worden gerubriceerd. Enige toelichting is hier wellicht op zijn plaats.

Artikel 9.2 onder b ROGFD acht ik ongelukkig geformuleerd, en wel om de volgende reden. Het is zeer wel mogelijk dat een klacht, voordat deze bij Kifid is aangebracht, aan een rechter, een commissie van scheidsmannen, of een met Kifid vergelijkbare geschilleninstantie is voorgelegd, die zich vervolgens om wat voor reden dan ook onbevoegd heeft verklaard. Ook deze onbevoegdverklaring zou kunnen worden opgevat als een beslissing in de zin van de tekst onder b. Ik zie niet in waarom Kifid wanneer de bevoegdheid van Kifid ter zake van die klacht vaststaat deze niet alsnog inhoudelijk zou kunnen behandelen. Ik zou er dan ook voor willen pleiten de tekst onder b te beperken tot klachten die hebben geleid tot een inhoudelijke beslissing van een rechter, een commissie van scheidsmannen, of een met Kifid vergelijkbare geschilleninstantie.

Artikel 9.2 onder g ROGFD bevat overigens een grens ten aanzien van de waarde van het onderwerp van het geschil als bedoeld in de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft: Kifid behandelt een Klacht niet indien en voor zover “de hoofdsom van de vordering van Consument, exclusief vertra-

451. Vgl. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2010-42 d.d. 9 maart 2010 en Jaarverslag Kifid 2011, p. 13, [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl).

*gingsrente en kosten, op het moment van het voorleggen van de Klacht aan Kifid een bedrag van € 1 000 000 te boven gaat*".<sup>452</sup>

In de toelichting bij artikel 9 van het ROGFD wordt vermeld dat de h-grond van artikel 9.2 per 1 oktober 2014 *"is aangepast, om te verduidelijken dat de contractsvrijheid uiteindelijk een inhoudelijke en geen formele reden is waarom klachten over het aangaan van of uitbreiden van relaties niet toegewezen kunnen worden"*. Voorts wordt in deze toelichting vermeld dat de l-grond uit de Richtlijn ADR consumenten komt. Gedoeld wordt op artikel 5 lid 4 onderdeel f van de Richtlijn ADR consumenten, op grond waarvan lidstaten ervoor kunnen kiezen ADR-entiteiten toe te staan om procedurevoorschriften te behouden of in te voeren die hen in staat stellen te weigeren een bepaald geschil te behandelen wanneer de behandeling van een dergelijk geschil de effectieve werking van de ADR-entiteit ernstig in het gedrang zou brengen.

De i-grond komt overeen met artikel 3 lid 2 onderdeel f van de Implementatiewet. Uit artikel 10 ROGFD blijkt dat Kifid een Klacht alleen kan behandelen als de Consument die eerst Schriftelijk heeft voorgelegd aan de Aangeslotene(n) op wie de Klacht betrekking heeft. Als de Consument dat nog niet heeft gedaan, zal Kifid hem daarop wijzen. Kifid neemt de Klacht dan (nog) niet in behandeling, zo is in dit artikel bepaald.

In artikel 5 van het Reglement van Beroep is omschreven welke geschillen aan de Commissie van Beroep kunnen worden voorgelegd. Artikel 5.1 van het Reglement van Beroep bepaalt dat de *"Commissie van Beroep oordeelt over beroep van Consumenten en Aangeslotenen tegen beslissingen van de Geschillencommissie die in de vorm van een bindend advies zijn gegeven en waarbij het belang van het Geschil ten minste EUR 25 000 beloopt"*.

Ook deze bevoegdheidsinperking is, gezien artikel 3 lid 2 onderdeel d Implementatiewet, toegestaan.

Zoals ik reeds in een voorstudie heb opgemerkt, blijkt uit een op 20 februari 2012 door de Commissie van Beroep uitgebracht bindend advies dat er twijfel kan bestaan over de uitleg van artikel 5.1 van het Reglement van Beroep.<sup>453</sup> In die zaak heeft een tweetal belanghebbenden een beslissing van de Geschillencommissie van 26 september 2011<sup>454</sup> ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep.<sup>455</sup> Bij brief van 7 november 2011 heeft de Secretaris van de Commissie van Beroep aan deze belanghebbenden gemeld dat zij zijns inziens wegens het bepaalde in artikel 5.1 van het Reglement van Beroep niet in hun beroep konden worden ontvangen, aangezien het belang van het geschil minder bedroeg dan € 25 000. Belanghebbenden namen daar geen genoegen mee en bij brief van 17 november 2011 betoogden zij dat het beroep wel degelijk ontvankelijk is, omdat — zo stelden zij kort gezegd — hun gezamenlijke schade inmiddels was opgelopen tot een bedrag van € 39 363,55. Daarop heeft de Commissie van Beroep de zaak ter zitting van 23 januari 2012 mondeling behandeld, waarbij de behandeling beperkt is gebleven tot de vraag of belanghebbenden in hun beroep konden worden ontvangen. Die vraag beantwoordde de Commissie van Beroep uiteindelijk ontkennend en overwoog daartoe als volgt:

452. Stb. 2006, 520, p. 189.

453. Hellegers 2014, p. 145-162.

454. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 232 d.d. 26 september 2011.

455. Uitspraak Commissie van Beroep 2012-07 d.d. 20 februari 2012.

*“Bepalend voor de ontvankelijkheid van het beroep is niet het schadebedrag zoals dat in beroep wordt gecijferd, maar het belang van de klacht waarover de Geschillencommissie had te oordelen.”*

Daarmee heeft de Commissie van Beroep ervoor gekozen aan artikel 5.1 een uitleg te geven die overeenstemt met de wijze waarop de wetgever de appèlgrens bij de burgerlijke rechter heeft geconstrueerd. Bij de burgerlijke rechter wordt de vatbaarheid voor hoger beroep, zo blijkt uit artikel 332 Rv, gekoppeld aan een bepaalde waarde van de vordering waarover de rechter in eerste aanleg heeft geoordeeld.<sup>456</sup> Gezien het onmiskenbare belang dat een Consument van wie de klacht in eerste aanleg is afgewezen heeft bij hoger beroep en mede gezien het feit dat een Consument bij Kifid niet zelden procedeert zonder juridische bijstand, had het naar mijn mening op de weg van de Commissie van Beroep gelegen artikel 5.1 in het voordeel van de Consument uit te leggen. Op grond van het voorgaande kan in ieder geval worden geconcludeerd dat artikel 5.1 van het Reglement van Beroep niet duidelijk is en daarom niet voldoet aan artikel 48 lid 1 onderdeel a Bgfo. Het is dan ook wenselijk dat artikel 5.1 wordt aangepast. Een gewijzigd artikel 5.1 zou bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden:

*“De Commissie van Beroep oordeelt over beroep van Consumenten en Aangeslotenen tegen beslissingen van de Geschillencommissie die in de vorm van een bindend advies zijn gegeven, indien de Verzoeker naar het oordeel van de Commissie aannemelijk maakt dat het belang van de klacht waarover de Geschillencommissie had te oordelen meer beloopt dan € 25 000.”<sup>457</sup>*

Overigens dient te worden opgemerkt dat krachtens artikel 1 van het Reglement van Beroep de ‘Verzoeker’ degene is, die een beroep aanhangig maakt. Uit artikel 5.3 van het Reglement van Beroep blijkt dat de Commissie van Beroep tevens oordeelt *“over het beroep van een Aangeslotene tegen een beslissing die de Geschillencommissie in de vorm van een bindend advies heeft gegeven indien deze beslissing een geschil betreft waarvan de Aangeslotene naar het oordeel van de Commissie aannemelijk maakt dat de uitspraak van de Geschillencommissie zo principieel moet worden geacht, dat het daarmee gemoeide belang voor de Aangeslotene en/of de bedrijfstak in haar algemeenheid, de grens van € 5 000 000 zal overschrijden”*. Daarnaast blijkt uit artikel 5.6 van het Reglement van Beroep dat, ongeacht of aan de vereisten van artikel 5 lid 1 en 3 is voldaan, zowel voor de Consument als voor de Aangeslotene beroep tegen een beslissing van de Geschillencommissie openstaat *“wanneer de Geschillencommissie zulks in haar uitspraak, onder de verwijzing naar de onderhavige bepaling, heeft bepaald, omdat het belang van zaak zulks rechtvaardigt”*. In de eerdergenoemde voorstudie heb ik reeds aangevoerd artikel 5.3 en 5.6 van het Reglement van Beroep voldoende inzichtelijk en duidelijk te achten.<sup>458</sup>

Ter volledigheid wijs ik ook nog op artikel 5.7 van het Reglement van Beroep. Dit artikel biedt de mogelijkheid tot het instellen van incidenteel beroep:

456. Zie ook HR 24 april 1987, NJ 1988/133.

457. Hellegers 2014, p. 151.

458. Hellegers 2014, p. 151-152.

*“De wederpartij van degene die beroep heeft ingesteld kan harerzijds incidenteel beroep instellen, ook na afloop van de termijn als bedoeld in het eerste lid van artikel 6, na berusting in de uitspraak van de Geschillencommissie en zonder dat voldaan is aan de voorwaarden als gesteld in dit artikel. Wanneer de Consument of de Aangeslotene in zijn principaal appel niet ontvankelijk is omdat niet is voldaan aan het bepaalde in het eerste of derde lid, geldt dat de wederpartij in een eventueel incidenteel appel harerzijds evenmin kan worden ontvangen.”*

Deze bepaling is leesbaar, begrijpelijk en duidelijk en voldoet daarmee naar mijn mening aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel a BGfo gestelde eis.

Gezien het feit dat de Minister van Financiën Kifid heeft erkend als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wet op het financieel toezicht en deze erkenning tot op heden niet is ingetrokken, is de minister kennelijk van oordeel dat de in de reglementen van Kifid opgenomen omschrijving van de geschillen die ter behandeling aan de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep kunnen worden voorgelegd duidelijk genoeg is. Ik deel dat oordeel, gezien de hierboven aangegeven redenen, niet.

### 5.3 Regels met betrekking tot het aanhangig maken van een geschil

Artikel 48 lid 1 onderdeel b eerste zinsnede BGfo stelt als eis dat het reglement van een geschilleninstantie regels met betrekking tot het aanhangig maken van een geschil dient te bevatten. Hieronder vallen ook de stappen die de cliënt of consument eventueel vooraf moet nemen, alsmede regels betreffende de termijn binnen welke geschillen aanhangig moeten worden gemaakt, zo blijkt uit de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.<sup>459</sup>

Het ROGFD bevat onder meer de volgende regels met betrekking tot het aanhangig maken van een geschil.

Artikel 10.1 ROGFD schrijft voor dat Kifid een Klacht alleen kan behandelen als de Consument die eerst Schriftelijk<sup>460</sup> heeft voorgelegd aan de Aangeslotene(n) op wie de Klacht betrekking heeft.

*“Als Consument dat nog niet heeft gedaan, zal Kifid hem daarop wijzen. Kifid neemt de Klacht dan (nog) niet in behandeling. Als Consument bij het voorleggen van zijn Klacht aan Aangeslotene de aldaar geldende procedure niet heeft gevolgd, kan Kifid verlangen dat hij dit alsnog doet”, aldus dit artikel.*

Gezien artikel 10.2 ROGFD kan de Consument zijn Klacht aan Kifid voorleggen als de Aangeslotene niet binnen zes weken op de Schriftelijke Klacht van de Consument reageert. Hij moet bij het indienen van zijn Klacht dan wel vermelden op welke datum hij bij Aangeslotene heeft geklaagd. Hij moet ook melden dat Aangeslotene niet binnen zes weken heeft gereageerd.<sup>461</sup>

459. Stb. 2006, 520, p. 189.

460. Met ‘Schriftelijk’ wordt bedoeld “Machinaal getypte of afgedrukte (dus niet handgeschreven) tekst in een gangbaar goed leesbaar lettertype, of goed leesbare elektronisch verzonden of aangeleverde tekst”, zo blijkt uit artikel 1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.

461. Artikel 10.2 ROGFD.



**Artikel 11 ROGFD schrijft voor hoe een Klacht moet worden ingediend:**

*“11.1 Klachten moeten in de Nederlandse of Engelse taal aan Kifid worden voorgelegd. Daarvoor moet gebruik worden gemaakt van het op [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl) beschikbare klachtformulier en moeten de daar gegeven instructies worden gevolgd. Kifid kan voor verschillende soorten Klachten verschillende formulieren voorschrijven.*

*11.2 Bij het indienen van de Klacht moet Consument een opsomming geven van de relevante feiten, waar mogelijk onder verwijzing naar bewijsstukken waaruit deze feiten blijken. Hij moet uitleggen wat Aangeslotene verkeerd heeft gedaan en wat zij zou moeten doen om (de gevolgen van) de fout goed te maken.*

*11.3 Als Consument vindt dat Aangeslotene een geldbedrag moet betalen, moet hij vermelden welk bedrag dat zou moeten zijn en hoe hij tot de hoogte van dat bedrag is gekomen.*

*11.4 Met de Klacht dient Consument geordende kopieën (dus geen originele stukken) in te sturen van de relevante bewijsstukken (zoals bijvoorbeeld correspondentie, overeenkomsten, verzekeringspolis en polisvoorwaarden, rekeningoverzichten), waaronder in ieder geval de Schriftelijke Klacht die hij eerder aan de Aangeslotene heeft gestuurd en – indien aanwezig – de definitieve Schriftelijke afwijzing door Aangeslotene. Kifid kan bepalen dat de kopieën langs elektronische wijze ingediend mogen of moeten worden.*

*11.5 Indien voor de beoordeling van een Klacht medische gegevens van Consument noodzakelijk zijn, dient Consument een medische machtiging af te geven. Kifid behandelt de Klacht anders niet.”*

Gezien het feit dat een Klacht ook in de Engelse taal aan Kifid kan worden voorgelegd, merkt Van Tiggele-van der Velde terecht op dat het aanbeveling zou verdienen om het thans in de Nederlandse taal opgestelde klachtenformulier – waarvan gezien artikel 11.1 ROGFD verplicht gebruik dient te worden gemaakt – ook in de Engelse taal beschikbaar te stellen.<sup>462</sup>

Artikel 12 ROGFD omvat regels betreffende de termijn binnen welke een klacht bij Kifid aanhangig moet worden gemaakt en luidt:

*“12.1 De Klacht moet bij Kifid worden ingediend binnen een jaar nadat Consument zijn Klacht aan Aangeslotene heeft voorgelegd of binnen drie maanden na de dagtekening van de brief of het bericht waarin Aangeslotene definitief Schriftelijk zijn standpunt over de Klacht aan Consument kenbaar heeft gemaakt. De langste van deze twee termijnen geldt.*

*12.2 Voor de datering van de Klacht is de dag van ontvangst van de Klacht door Kifid bepalend.*

*12.3 Als Aangeslotene bij de Schriftelijke afwijzing niet heeft gewezen op de mogelijkheid de Klacht aan Kifid voor te leggen, moet Consument de Klacht indienen binnen een redelijke termijn nadat hij begreep of had behoren te begrijpen dat hij met zijn Klacht bij Kifid terecht kon. Dat geldt ook als Aangeslotene in de interne klachtprocedure niet binnen zes weken heeft gereageerd op de Klacht.*

*12.4 Als Aangeslotene bij de Schriftelijke afwijzing wel heeft gewezen op Kifid, maar niet heeft gewezen op de termijn van drie maanden, moet Consument de klacht in-*

462. Van Tiggele-van der Velde 2014, p. 3.

dienen binnen een redelijke termijn na de afwijzing. Als uitgangspunt geldt daarbij een termijn van maximaal één jaar, maar hiervan kan Kifid op grond van de omstandigheden van het geval afwijken.

12.5 Als Consument de Klacht te laat indient, kan Kifid de Klacht toch behandelen:

a) als Consument naar het oordeel van de Voorzitter van de termijnoverschrijding geen verwijt kan worden gemaakt of de termijnoverschrijding niet anderszins voor zijn rekening en risico behoort te blijven, en het belang van Aangeslotene door de vertraagde behandeling niet onredelijk wordt geschaad.

b) als Consument bij het indienen een verklaring van Aangeslotene meestuurt waaruit blijkt dat Aangeslotene zich er niet op wil beroepen dat de Klacht te laat is. Consument moet Aangeslotene dan zelf om die verklaring vragen.”

“Kifid bevestigt de ontvangst van de Klacht aan Consument en informeert hem in algemene termen over de verdere gang van de procedure”, aldus artikel 16 ROGFD.

Gezien het bovenstaande geeft het ROGFD duidelijk de stappen aan die een Consument vooraf moet nemen om een klacht bij Kifid te kunnen indienen en bevat het voorts regels betreffende de termijn binnen welke geschillen aanhangig moeten worden gemaakt. Het ROGFD voldoet dan ook aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel b eerste zinsnede BGfo gestelde eis.

#### 5.4 Een duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil bij Kifid aanhangig kunnen maken

Artikel 48 lid 1 onderdeel b tweede zinsnede BGfo stelt als eis dat het reglement van een geschilleninstantie een duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken dient te omvatten. In het licht van deze bepaling zal hierna worden gezien of het ROGFD en het Reglement van Beroep een leesbare en begrijpelijke en daarmee duidelijke omschrijving geven van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken.

Iemand die een geschil bij Kifid aanhangig wil maken zal, gezien de definitie van het begrip ‘Consument’, niet zelden (ook) moeten beoordelen of hij afnemer is van een ‘Financiële dienst’ in de zin van artikel 1 ROGFD.<sup>463</sup> Een gemiddelde consument kan dat echter niet beoordelen, zo heb ik reeds eerder betoogd.<sup>464</sup>

In paragraaf 4.7.3 is ook aandacht besteed aan de vraag wat dient te worden verstaan onder “een rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd”.<sup>465</sup> Gebleken is dat met deze rechtspersonen wordt bedoeld op pensioen-B.V.’s of stamrecht-B.V.’s en op verenigingen van eigenaars die een financiële dienst hebben afgenomen van de Aangeslotene tegen wie de klacht zich richt. Vóór de

463. In het eerste artikel van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) wordt een ‘Consument’ immers mede gedefinieerd als ‘de afnemer van een Financiële dienst, indien (...)’.

464. Hellegers 2009, p. 7. Met het begrip ‘gemiddelde consument’ wordt in het onderhavige geval bedoeld op een gemiddeld geïnformeerde en oplettende consument, die in staat is zijn eigen financiële positie in kaart te brengen. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04, 29507, 3*, p. 86 en Van Dam 2009.

465. Een dergelijke rechtspersoon valt namelijk ook onder de definitie van het begrip ‘Consument’ in artikel 1 het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.

per 1 oktober 2015 doorgevoerde wijziging van het ROGFD was dat voor degenen die niet op de hoogte zijn van de jurisprudentie van Kifid naar mijn mening in het geheel niet duidelijk. Gelukkig heeft Kifid per 1 oktober jongstleden in artikel 1 van het ROGFD duidelijk gemaakt dat hier wordt bedoeld op persoonlijke pensioenvennootschappen en verenigingen van eigenaars en dat beslissend is of de rechtspersoon in wezen een verlenging is van de persoon van Consument in diens hoedanigheid van Consument en is het reglement op dit punt een stuk duidelijker geworden.

De in het reglement opgenomen definitie van het begrip ‘Consument’ roept naar mijn mening echter om een andere reden wel nog vragen op. In deze definitie is namelijk onder meer de voorwaarde opgenomen dat de afnemer van een Financiële dienst heeft te gelden als consument, *“indien en voor zover die afnemer een natuurlijke personen is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”*. De vraag of een afnemer van een Financiële dienst heeft te gelden als een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf is echter niet altijd eenvoudig te beantwoorden, zo leert de praktijk. Zo sluiten natuurlijke personen niet zelden overeenkomsten voor doeleinden die slechts ten dele verband houden met de uitoefening van een beroep of bedrijf. Te denken valt aan een zzp’er die vanuit huis werkt, waarbij een (ondergeschikt) gedeelte van het huis kan worden aangemerkt als werkruimte en een gedeelte van de hypotheek op dat huis (betrekking hebbende op de werkruimte) door deze zzp’er als schuld wordt opgenomen op de balans van zijn onderneming. In een dergelijk geval kan wellicht niet worden volgehouden dat deze zzp’er bij de totstandkoming van zijn hypotheek niet mede heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Naar mijn mening is het echter onwenselijk een dergelijke persoon – zeker in de huidige tijd met een toenemend aantal zzp’ers – niet aan te merken als Consument in de zin van artikel 1 ROGFD. Het reglement zou op dit punt duidelijker kunnen zijn, bijvoorbeeld door een toelichting op te nemen waarin is bepaald dat wanneer de Financiële dienst wordt afgenomen voor doeleinden die gedeeltelijk binnen en gedeeltelijk buiten de beroeps- of bedrijfsmatige activiteiten van de natuurlijker persoon liggen en de beroeps- of bedrijfsmatige doeleinden niet overheersen, die persoon dan als Consument in de zin van artikel 1 ROGFD dient te worden aangemerkt. Dit in het licht van overweging 17 van de preambule bij de Richtlijn consumentenrechten, waarin het volgende wordt opgemerkt:

*“Onder de definitie van consument dienen natuurlijke personen te vallen die buiten hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit handelen. Bij gemengde overeenkomsten, waar een overeenkomst wordt gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen en het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst, dient die persoon echter ook als consument te worden aangemerkt.”<sup>466</sup>*

Deze begripsomschrijving van consument komt overeen met de begripsomschrijving van ‘consument’ die ook in andere, recente, richtlijnen is gehanteerd op het gebied

466. Richtlijn 2011/83/EU (PbEU 2011, L 304/66).

van het consumentenrecht, zo wordt in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet Richtlijn consumentenrechten opgemerkt.<sup>467</sup>

Dit roept echter weer de vraag op in welk geval een handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de algehele context van de overeenkomst niet overheerst. Hendrikse, Rinkes en Pluymen stellen dat in geval van een ‘gemengde overeenkomst’ de uitleg die het Hof van Justitie in de *Gruber*-zaak heeft gegeven aan het begrip ‘consument’ ook betekenis heeft voor andere regelingen van Europees consumentenrecht.<sup>468</sup> In deze zaak overwoog het Hof van Justitie ten aanzien van de vraag wanneer een persoon de hoedanigheid van consument in de zin van artikel 13 eerste alinea Executieverdrag moet worden ontzegd als volgt:

*“39 In dit verband volgt duidelijk uit de doelstelling van de artikelen 13 tot en met 15 Executieverdrag, die erin bestaat de persoon van wie wordt aangenomen dat hij zich ten aanzien van zijn wederpartij in een zwakkere positie bevindt, passende bescherming te verstrekken, dat een persoon die een overeenkomst sluit voor een gebruik dat gedeeltelijk op zijn beroepsactiviteit betrekking heeft en daarvan dus slechts gedeeltelijk losstaat, zich in beginsel niet op deze bepalingen kan beroepen. Dit ligt slechts anders indien deze overeenkomst zo losstaat van de beroepsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en bijgevolg in het kader van de verrichting, in haar totaliteit beschouwd, waarvoor deze overeenkomst is gesloten, slechts een onbetekenende rol speelt.”<sup>469</sup>*

Op grond van dit in de *Gruber*-zaak geformuleerde criterium nemen zij het standpunt in dat in het geval het beroepsmatige aandeel bij een ‘gemengde overeenkomst’ minder dan 10% bedraagt de betrokken partij als consument mag worden beschouwd, maar dat bij een beroepsmatig aandeel van 25% niet kan worden gesproken van een onbetekenend aandeel.<sup>470</sup> Ook bij een beroepsmatig aandeel van 25% zal dit aandeel binnen de algehele context van de overeenkomst naar mijn mening nog altijd niet overheersen, zodat de betrokken partij in dat geval naar mijn mening nog steeds als consument kan worden aangemerkt. Het is wel aan de persoon die stelt in de betrokken overeenkomst met een tweeledig doel overwegend als consument te zijn opgetreden om het bewijs daarvan te leveren, waarbij de wederpartij het recht heeft om het tegengewijs te leveren.<sup>471</sup>

467. *Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 15.* Zie bijvoorbeeld ook overweging 18 van de preambule bij de Richtlijn ADR consumenten, PbEU 2013, L 165/65: “Onder de definitie van “consument” dienen natuurlijke personen te vallen die niet handelen in de uitoefening van hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit. Wordt de overeenkomst evenwel gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen (gemengde overeenkomsten) en is het handelsoogmerk zo beperkt dat het binnen de algehele context van de overeenkomst niet overheerst, dan dient die persoon eveneens als consument te worden aangemerkt.” Zie ook Asser/Hartkamp 3-I 2015/163.

468. Hendrikse, Rinkes & Pluymen 2015, p. 46-47.

469. HvJ EG 20 januari 2005, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, NJ 2006/278, m.nt. Vlas (*Gruber/Bay Wa*).

470. Hendrikse, Rinkes & Pluymen 2015, p. 47-48.

471. Vgl. r.o. 46 van HvJ EG 20 januari 2005, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, NJ 2006/278, m.nt. Vlas (*Gruber/Bay Wa*). Zie ook Loos 2013, p. 34. Overigens is het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing over de vraag of artikel 2 onder b Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus moet worden uitgelegd dat onder het begrip ‘consument’ een natuurlijke persoon valt die het beroep van advocaat uitoefent en met een bank een kredietovereenkomst sluit waarin het doel van de lening niet is vermeld en het advocatenkantoor van die natuurlijke persoon als hypothecaire borg wordt aangeduid, zie C-110/14 (*Costea*).

Deze opmerkingen gelden overigens ook ten aanzien van het Reglement van Beroep, omdat ook in de daarin opgenomen definitie van het begrip ‘Consument’ de voorwaarde is opgenomen dat de afnemer van een Financiële dienst slechts heeft te gelden als consument, “indien en voor zover die afnemer een natuurlijke personen is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”.

Concluderend kan mijns inziens niet worden gezegd dat de reglementen een duidelijke omschrijving geven van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken.

Het is overigens opvallend dat het begrip ‘Consument’ in het Reglement van Beroep op een andere wijze is gedefinieerd dan in het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Onder het in artikel 1 ROGFD opgenomen begrip ‘Consument’ wordt tevens begrepen:

“(…)

c) de natuurlijke persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan een overeenkomst van verzekering.

d) de natuurlijke persoon met een Privacyklacht.”

In de in het Reglement van Beroep opgenomen definitie van het begrip ‘Consument’ ontbreken de categorieën c en d. Het ontbreken van deze categorieën heeft tot gevolg dat de Commissie van Beroep niet bevoegd is te oordelen over beslissingen van de geschillencommissie die betrekking hebben op klachten van een natuurlijke persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan een overeenkomst van verzekering en een natuurlijke persoon met een ‘Privacyklacht’. Voorts verschillen de onderdelen a van beide definities onderling van elkaar. Onder het begrip ‘Consument’ wordt volgens het Reglement van Beroep immers tevens geschaard “de rechtspersoon, waarvan de doelstelling is gericht op het particuliere belang van bestuurders en/of deelnemers c.q. leden, zulks uitgezonderd de rechtspersoon die is opgericht met het doel gerechtelijke of buitengerechtelijke procedures voor te bereiden en te voeren ten behoeve van Consumenten”, terwijl, zoals hiervoor reeds eerder ter sprake is gekomen onder het begrip ‘Consument’ in de zin van het ROGFD tevens wordt geschaard “een rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd”.

Waarom dit verschil wordt gemaakt is in het geheel niet duidelijk. Indien er geen moverende redenen zijn om dit verschil in stand te laten, is het mijns inziens wenselijk dat er een gelijklopende definitie van het begrip ‘Consument’ in beide reglementen wordt gehanteerd, zo heb ik reeds in de eerdergenoemde voorstudie opgemerkt.<sup>472</sup> Dit verschil sluit namelijk niet uit dat een rechtspersoon die valt onder het begrip ‘Consument’ in de zin van artikel 1 ROGFD een geschil aanhangig kan maken bij de Geschillencommissie, maar bij de Commissie van Beroep te horen krijgt dat zijn beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard op de grond dat hij niet te gelden heeft als een ‘Consument’ in de zin van artikel 1 van het Reglement van Beroep.

472. Hellegers 2014, p. 154-155.

### 5.5 **Regels met betrekking tot het mededelen van de mogelijkheid van beroep, de wijze en termijn van het instellen van dit beroep**

Uit artikel 48 lid 1 onderdeel p BGfo kan worden afgeleid dat een geschilleninstantie niet verplicht is om geschillenbeslechting in twee instanties aan te bieden aan partijen. Kifid biedt die mogelijkheid wel, zo blijkt uit artikel 43.1 ROGFD. Dit artikel bepaalt namelijk dat indien de Commissie uitspraak heeft gedaan in de vorm van een bindend advies, daartegen hoger beroep openstaat in de gevallen voorzien in en op de wijze geregeld in het Reglement van Beroep. Nu Kifid geschilbeslechting in twee instanties aanbiedt, dient Kifid op grond van het bepaalde in artikel 48 lid 1 onderdeel p BGfo onder meer<sup>473</sup> te beschikken over en te handelen in overeenstemming met een reglement voor de behandeling van geschillen dat regels omvat met betrekking tot het mededelen van de mogelijkheid van beroep, de wijze en termijn van het instellen van dit beroep. Aan het eerste vereiste – het mededelen van de mogelijkheid van beroep – wordt met het gestelde in artikel 43.1 ROGFD voldaan. Wel kan er een ander probleem optreden. De vraag kan namelijk worden opgeworpen of, en zo ja wanneer partijen de toepasselijkheid van het Reglement van Beroep overeenkomen. Het klachtformulier<sup>474</sup> rept namelijk met geen woord over het Reglement van Beroep. Ik beveel Kifid daarom aan om in het (initiële) klachtformulier ook een bepaling op te nemen die ertoe strekt dat de Consument zich ook al verbindt aan het Reglement van Beroep voor in het geval dat er beroep volgt.

Artikel 6 van het Reglement van Beroep omvat regels met betrekking tot de wijze en de termijn van het instellen van beroep. In artikel 6.1 is namelijk bepaald dat een beroep door de Verzoeker binnen zes weken na verzending van de uitspraak van de Geschillencommissie per aangetekende brief wordt ingesteld bij de Commissie van Beroep. Het beroepschrift dient ten minste de naam en het adres en de bezwaren van de Verzoeker tegen de bestreden beslissing te bevatten. Verder dient de verzoeker als bijlage bij zijn beroepschrift een afschrift van de door hem bestreden beslissing van de Geschillencommissie en een afschrift van het dossier van de behandeling bij de Geschillencommissie aan de Commissie van Beroep te verstrekken.<sup>475</sup> Uit artikel 6.3 volgt dat een beroepschrift tijdig is ingediend indien het binnen zes weken na verzending van de uitspraak van de Geschillencommissie door de Secretaris van de Commissie van Beroep is ontvangen.

De tweede zin van artikel 6.3 van het Reglement van Beroep luidt:

*“Bij verzending ter post is een beroepschrift tijdig ingediend indien blijkt dat het voor het einde van de termijn ter post is bezorgd, mits het niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen.”*

473. Op grond van artikel 48 lid 1 onderdeel p BGfo dient een geschilleninstantie, wanneer zij geschillenbeslechting in twee instanties aanbiedt, in haar reglement voor de behandeling van geschillen ook regels te omvatten met betrekking tot de behandeling van het beroep. In de hierna volgende paragraaf zal daaraan aandacht worden besteed.

474. [www.kifid.nl/fileupload/formulieren/klachtformulier2015.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/formulieren/klachtformulier2015.pdf), laatst geraadpleegd op 29 september 2015.

475. Artikel 6.2 Reglement van Beroep.

Deze bepaling komt mij, gezien artikel 6.4 van het Reglement van Beroep, overbodig voor. Artikel 6.4 bepaalt namelijk dat ten aanzien van een na afloop van de termijn ingediend beroepschrift niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege blijft, indien de Voorzitter van oordeel is dat de indiener redelijkerwijs niet geacht kan worden in verzuim te zijn geweest.

Gezien artikel 6.5 van het Reglement van Beroep kan de Voorzitter, alvorens tot behandeling van het beroep over te gaan, van de Verzoeker verlangen het beroepschrift binnen een door de Voorzitter gestelde termijn schriftelijk nader toe te lichten.

Wordt het beroep in behandeling genomen, dan stelt de Secretaris de Verweerder daarvan schriftelijk in kennis onder toezending van een afschrift van het beroepschrift, zo is bepaald in artikel 6.6 van het Reglement van Beroep. De Verweerder kan binnen een maand na deze kennisgeving schriftelijk reageren op het beroepschrift en de overige door de Verzoeker overgelegde bescheiden, alsmede op de zaak betrekking hebbende bescheiden overleggen. De Secretaris zendt de Verzoeker vervolgens een afschrift van de reactie van de Verweerder en van door de Verweerder overgelegde bescheiden. Aldus artikel 6.7 van het Reglement van Beroep.

Artikel 6.8 van het Reglement van Beroep biedt aan de Verweerder een beperkte mogelijkheid om uitstel te verkrijgen voor het indienen van zijn verweerschrift: De Voorzitter van de Commissie van Beroep kan de hierboven vermelde termijn van een maand op gemotiveerd verzoek van de Verweerder met een maand verlen. Verder uitstel is alleen mogelijk op grond van klemmende redenen. Of in een concreet geval sprake is van een klemmende reden staat ter beoordeling van de Voorzitter. Tegen het gebruik van deze bevoegdheid van de Voorzitter staat geen rechtsmiddel open.

Met voorgaande bepalingen heeft Kifid naar mijn mening voldaan aan de eis dat het reglement voor de behandeling van geschillen regels dient te omvatten met betrekking tot de wijze en termijn van het instellen van beroep.

## **5.6 Regels met betrekking tot de behandeling van een geschil, het beroep, verkorte schriftelijke procedures en voorlopige oordelen**

Artikel 48 lid 1 onderdeel d BGfo schrijft voor dat het reglement voor de behandeling van geschillen van een geschilleninstantie regels met betrekking tot de behandeling van een geschil door de geschilleninstantie dient te bevatten. Daarnaast zal een geschilleninstantie, wanneer zij geschillenbeslechting in twee instanties aanbiedt, gezien het bepaalde in artikel 48 lid 1 onderdeel p BGfo, in haar reglement voor de behandeling van geschillen ook regels dienen te stellen met betrekking tot de behandeling van het beroep.

De nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft,<sup>476</sup> de nota van toelichting bij het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013<sup>477</sup> noch de nota van toelichting bij het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013<sup>478</sup> bevat een nadere uitleg bij deze bepalingen. Daarom is het niet duidelijk wat de wetgever met deze bepalingen beoogt te bereiken. Niet

476. Stb. 2006, 520.

477. Stb. 2012, 695.

478. Ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, [www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfin2013](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingsbesluitfin2013), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

uitgesloten is dat deze bepalingen in artikel 48 zijn opgenomen in het licht van de in Aanbeveling 98/257/EG terug te vinden aanbeveling dat vanuit het ‘Principe van doorzichtigheid’ de modaliteiten voor het nemen van besluiten binnen een geschillenbeslechtend orgaan inzichtelijk moeten zijn voor iedereen die daarom vraagt.<sup>479</sup> In de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft wordt namelijk wel opgemerkt dat de uitgangspunten neergelegd in Aanbeveling 98/257/EG<sup>480</sup> alle terugkomen in artikel 44-47 BGfo (oud).<sup>481</sup> In artikel 48 lid 1 onderdeel i BGfo is daarnaast de eis terug te vinden dat het reglement voor de behandeling van geschillen van een geschilleninstantie regels dient te omvatten met betrekking tot de voorwaarden waaronder een geschil door middel van een verkorte schriftelijke procedure of een voorlopig oordeel kan worden afgedaan. Uit deze bepaling mag niet worden afgeleid dat een geschilleninstantie verplicht is te voorzien in dergelijke afwijkende procedures, zo blijkt uit de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft:

*“Geschilleninstanties kunnen er voor kiezen om bepaalde geschillen door middel van een verkorte schriftelijke procedure af te doen. Bij een verkorte schriftelijke procedure kan worden gedacht aan geschillen die vergelijkbaar zijn met geschillen die de geschilleninstantie al heeft behandeld en ten aanzien waarvan vaste jurisprudentie is ontstaan, met andere woorden de geschillen die als standaardgeschillen kunnen worden aangemerkt.*

*Ook kunnen geschilleninstanties er voor kiezen om bepaalde geschillen af te doen door middel van een voorlopig oordeel. Daarbij kan worden gedacht aan spoedeisende situaties, zoals in geval van een dreigend faillissement. In dergelijke gevallen kan de mogelijkheid van een voorlopig oordeel waarbij tot een ordemaatregel kan worden besloten, wenselijk zijn.*

*Van belang is dat betrokken partijen ook in een verkorte procedure of in geval van een voorlopig oordeel bij spoedeisende gevallen, ten minste eenmaal hun standpunt kenbaar moeten kunnen maken. Indien een geschilleninstantie er voor kiest om bepaalde geschillen door middel van een verkorte schriftelijke procedure of een voorlopig oordeel af te doen, dient de instantie in het reglement duidelijk weer te geven onder welke voorwaarden een geschil door middel van een dergelijke afwijkende procedure wordt afgedaan.”<sup>482</sup>*

Hierna zal niet worden geprobeerd een uitputtende opsomming te geven van nader in het ROGFD en het Reglement van Beroep uitgewerkte modaliteiten voor het nemen van besluiten die bij de behandeling van bij de Ombudsman, Geschillencommissie of Commissie van Beroep aanhangige zaken aan de orde kunnen komen. Bijna iedere in deze reglementen voorkomende bepaling zou immers kunnen worden opgevat als een ‘regel met betrekking tot de behandeling van een geschil’. In het licht van de in artikel 48 lid 1 onderdeel d, i en p, BGfo gestelde eis zal hierna globaal worden beschreven hoe de behandeling van een Klacht bij Kifid in eerste en tweede aanleg verloopt. Aangezien Kifid ervoor heeft gekozen om bepaalde geschil-

479. Vgl. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/33.

480. Aanbeveling 98/257/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 30 maart 1998 (PbEG L 115).

481. Stb. 2006, 520, p. 188.

482. Stb. 2006, 520, p. 189.



len door middel van een verkorte schriftelijke procedure en sommige beslissingen door middel van een voorlopig oordeel af te doen, zal met name aandacht worden besteed aan de vraag of Kifid in zijn procesreglementen duidelijk genoeg weergeeft onder welke voorwaarden dat wordt gedaan. Ook zal worden gezien welke mogelijke regels met betrekking tot de behandeling van een geschil niet zijn terug te vinden in het ROGFD en het Reglement van Beroep, maar daarin niet zouden misstaan. Daarvoor zal worden onderzocht of er dergelijke regels met betrekking tot de behandeling van een geschil zijn te vinden in reglementen van de SGC en de SKGZ die thans ontbreken in de reglementen van Kifid. Voorts zal worden gezien of sommige van de in de reglementen van Kifid terug te vinden regels met betrekking tot de behandeling van een geschil aanpassing behoeven.

De procedure bij Kifid ziet er op hoofdlijnen als volgt uit. Na de ontvangst van de Klacht beoordeelt 'Kifid' of de Klacht voorshands in behandeling kan worden genomen.<sup>483</sup> Dit betreft dus een voorlopig oordeel in de zin van artikel 48 lid 1 onderdeel i BGfo. Onder 'Kifid' wordt gezien artikel 1 ROGFD verstaan de 'Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening'. De 'Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening' beslist dus of een Klacht voorshands in behandeling kan worden genomen. Gezien artikel 9.1 en 18.2 van de statuten van Kifid treden het Bestuur en de directeur van Kifid uitdrukkelijk niet in de processuele behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van, alsmede de beslissing in Klachten of categorieën van Klachten die aan de Ombudsman, de Geschillencommissie en/of Commissie van Beroep zijn of kunnen worden voorgelegd. Daarom mag worden aangenomen dat zij binnen 'Kifid' niet de beslissing nemen of een Klacht voorshands in behandeling kan worden genomen. Gezien de bepaling in artikel 17.2 ROGFD dat de Voorzitter van de Geschillencommissie of de Geschillencommissie in een later stadium van de procedure alsnog tot het oordeel kunnen komen dat de Klacht niet voor behandeling in aanmerking komt, lijkt het erop dat ook zij deze beslissing niet nemen. Wie van degenen die verder bij de organisatie van 'Kifid' zijn betrokken bevoegd is tot het nemen van dit voorlopig oordeel, is in de statuten en reglementen van Kifid niet specifiek uitgewerkt. Dit zou tot bevoegdheidsprikelen kunnen leiden, hoewel ik de kans daarop in de praktijk niet groot acht. Artikel 64.2 ROGFD biedt in dat geval echter uitkomst. Dit artikel bepaalt namelijk dat de Voorzitter bevoegd is de procedurevoorschriften van dit Reglement voor het overige uit te leggen en aan te vullen.<sup>484</sup> Nu de statuten en reglementen geen procedurevoorschrift op dit punt bevatten, is het dus de Voorzitter die die deze leemte kan aanvullen. Als Kifid van oordeel is dat buiten twijfel staat dat de Klacht niet voor behandeling in aanmerking komt, laat Kifid dit Schriftelijk onder opgave van redenen aan de Consument weten. Kifid is daarbij gehouden de Consument te wijzen op de mogelijkheid om tegen deze beslissing bezwaar te maken.<sup>485</sup> Als de Consument het niet eens is met de beslissing de Klacht kennelijk niet behandelbaar te verklaren, kan hij hiertegen binnen vier weken na dagtekening van de beslissing Schriftelijk gemotiveerd bezwaar maken

483. Artikel 17.1 ROGFD.

484. Artikel 64.1 bepaalt dat de Ombudsman bevoegd is de procedurevoorschriften van dit reglement, voor zover deze zien op de bemiddeling door de Ombudsman, waar nodig uit te leggen en aan te vullen.

485. Artikel 18.1 ROGFD.

bij de Voorzitter (artikel 18.2 ROGFD).<sup>486</sup> Als de Voorzitter het bezwaar gegrond acht, neemt Kifid de Klacht alsnog voorshands in behandeling (artikel 18.3 ROGFD). Als de Voorzitter het bezwaar echter ongegrond acht, of als Consument binnen de genoemde termijn geen bezwaar heeft gemaakt, blijft de Klacht verder buiten behandeling en sluit Kifid het dossier, zo blijkt uit artikel 18.4 ROGFD. Gezien het voorgaande geeft Kifid naar mijn mening in het ROGFD duidelijk weer onder welke voorwaarden een voorlopig oordeel tot stand komt.

*“Als Kifid een Klacht voorshands in behandeling neemt, laat het dat weten aan Consument en de betrokken Aangeslotene”,* aldus artikel 19.1 ROGFD. Hiermee wordt ook voldaan aan de in artikel 7 onder d Implementatiewet opgenomen eis dat het procesreglement van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting er ook in moet voorzien dat de instantie die een klacht heeft ontvangen de partijen bij het geschil op de hoogte brengt zodra ze alle documenten met de relevante informatie over de klacht heeft ontvangen. Op welke wijze Kifid dit aan de Consument en de betrokken Aangeslotene laat weten, zegt het reglement niet. Ik adviseer Kifid in het reglement op te nemen dat deze kennisgeving schriftelijk wordt gedaan.

Artikel 19.2 ROGFD bepaalt dat Kifid een Consument mondeling of Schriftelijk kan vragen de Klacht te verduidelijken of op een door Kifid te bepalen wijze documenten over te leggen. Ondoorzichtig is of ‘Kifid’ dit *‘in elke stand van het geding’* kan vragen of alleen kan vragen met het oog op de door hem te nemen beslissing of de klacht voor behandeling in aanmerking komt. Gezien artikel 38 ROGFD, waarin is bepaald dat Kifid in ieder stadium van de procedure aanvulling van de uiteenzettingen van partijen en overlegging van bescheiden of kopieën daarvan kan verzoeken, lijkt het erop dat deze bevoegdheid van ‘Kifid’ ziet op de beslissing of een Klacht voorshands in behandeling wordt genomen.

Artikel 20.1 ROGFD luidt:

*“Als de Klacht naar het oordeel van Kifid voldoende duidelijk is, stelt Kifid de betrokken Aangeslotene op de hoogte van de Klacht, van de eventueel op verzoek van Kifid door Consument gegeven nadere toelichting, en van de door Consument ingezonden stukken.”*

Ook deze bepaling acht ik onvoldoende doorzichtig, wederom omdat niet duidelijkheid is wie van degenen die bij de organisatie van ‘Kifid’ zijn betrokken deze processuele handeling verricht. Beter lijkt mij daarom in artikel 20.1 te bepalen dat Kifid na zijn beslissing een Klacht voorshands in behandeling te nemen de Klacht zal doorgeleiden naar de (behandelend) Secretaris, die de betrokken Aangeslotene op de hoogte zal stellen van de Klacht, van de eventueel op verzoek van Kifid door Consument gegeven nadere toelichting, en van de door Consument in-

486. Gezien artikel 1 van het ROGFD wordt met ‘Voorzitter’ bedoeld op de voorzitter van de Geschillencommissie.

gezonden stukken. In dat geval zou ‘Kifid’ in artikel 20.3,<sup>487</sup> 20.4<sup>488</sup> en 20.7<sup>489</sup> ROGFD ook kunnen worden gewijzigd in ‘Secretaris’ en zou ‘Kifid’ in artikel 20.6 kunnen worden gewijzigd in ‘Voorzitter’, hetgeen de doorzichtigheid van de procedure naar mijn mening ten goede komt.

Artikel 22 ROGFD luidt:

*“Indien de Klacht en het standpunt van Aangeslotene naar het oordeel van de Ombudsman aanleiding geven tot het onderzoeken of een minnelijke regeling mogelijk is, vindt bemiddeling door de Ombudsman plaats”, aldus artikel 22 ROGFD.*

Het is volgens artikel 22 dus de Ombudsman die bepaalt of het zinvol is een bemiddelingspoging te ondernemen, zo blijkt ook uit de in het reglement bij dit artikel opgenomen toelichting. Als een Klacht echter geen aanleiding geeft tot bemiddeling, wordt de Klacht behandeld door de Geschillencommissie, zo stelt artikel 32.1 ROGFD. Uit de toelichting bij artikel 22 ROGFD blijkt dat de Ombudsman geen aanleiding zal zien tot bemiddeling als een klacht duidelijk ongegrond is en er ook geen sprake is van bejegeningproblemen. Voornoemde reglementsbepalingen impliceren dat de Ombudsman alle zaken ziet en zelf steeds de beslissing neemt of er bemiddeling plaatsvindt of niet. Op grond van mijn ervaring als bindend adviseur en (voormalig) lid van bestuursorganen lijkt mij dat onwaarschijnlijk. In de praktijk is het namelijk vaak zo dat dergelijke ‘voorbeslissingen’ worden genomen door daartoe gemandateerde (ambtelijk) secretarissen. Indien het bij Kifid ook zo is dat bijvoorbeeld de (behandelend) Secretaris in de praktijk de voorbeslissing neemt of een zaak zich al dan niet voor bemiddeling leent, is het beter dit ook in het ROGFD zo te bepalen.

*“Bemiddeling door de Ombudsman geschiedt in een door de Ombudsman te bepalen vorm”, zo bepaalt artikel 23.1 ROGFD. Ook mediation is een vorm van bemiddeling.*<sup>490</sup> De Ombudsman kan echter niet zonder toestemming van partijen bepalen dat bemiddeling zal geschieden in de vorm van mediation, zo blijkt uit artikel 27.1 ROGFD. Dit artikel schrijft namelijk het volgende voor:

*“Als de Ombudsman dat wenselijk vindt, kan hij partijen in overweging geven de kwestie die onderwerp vormt van de Klacht op te lossen door mediation met een mediator die aan Kifid is verbonden. Dit kan ook op verzoek van partijen. Mediation is alleen mogelijk indien alle partijen daarmee instemmen.”*

In de toelichting bij artikel 27.1 ROGFD wordt ook nog eens vermeld dat de Ombudsman niet als mediator bemiddelt, omdat hij daarvoor te veel inhoudelijk stuurt. Ernste merkt echter terecht op dat de wijze van bemiddeling door de Ombudsman doet denken aan wat ook wel evaluatieve mediation wordt genoemd, waarbij de mediator partijen helpt bij het maken van een juridische inschatting

487. De betreffende zinsnede in artikel 20.3 luidt thans: “Kifid vraagt of Aangeslotene Schriftelijk verweer wil voeren of dat zij wil volstaan met een verwijzing naar het standpunt dat zij eerder in haar interne klachtprocedure heeft ingenomen. In het laatste geval laat Aangeslotene dat zo spoedig mogelijk, maar in ieder geval binnen vier weken, weten.”

488. Artikel 20.4 ROGFD luidt thans: “Kifid kan Aangeslotene, ook als die wil volstaan met een verwijzing naar het standpunt dat zij eerder in haar interne klachtprocedure heeft ingenomen, verzoeken om nader te reageren op het standpunt van Consument, al dan niet op een of meer specifieke punten.”

489. Artikel 20.7 ROGFD luidt thans: “Kifid zendt een kopie van het verweer en van de verder overgelegde bescheiden aan Consument.”

490. Van Muijden 2007, p. 7.

van de kansen van de zaak.<sup>491</sup> Bij deze vorm van mediation is een inhoudelijke inbreng door de mediator toegestaan, mag de mediator een zekere druk uitoefenen op partijen om een bepaalde oplossing te accepteren en kan de mediator aangeven wat het recht zegt over de kwestie die partijen verdeeld houdt en wat doorgaans in dit soort zaken wordt beslist.<sup>492</sup>

Artikel 27.4 ROGFD bepaalt dat de behandeling van de Klacht wordt voortgezet door de Geschillencommissie als de mediation niet tot een minnelijke regeling leidt, tenzij partijen anders overeenkomen. In de toelichting bij artikel 27 wordt opgemerkt dat de Ombudsman niet zelf als mediator optreedt. Het lijkt er dus op dat partijen ook zouden kunnen overeenkomen dat de behandeling van de Klacht wordt voortgezet door de Ombudsman.

Artikel 30 ROGFD regelt wanneer de bemiddelingsfase tot een einde komt. De bemiddeling komt in ieder geval tot een einde op het moment dat partijen bij de Ombudsman een minnelijke regeling overeenkomen. In dat geval legt de Ombudsman deze minnelijke regeling Schriftelijk vast in een brief of, indien partijen dit wensen, in een vaststellingsovereenkomst (artikel 30.1 ROGFD) en sluit Kifid vervolgens de behandeling van de Klacht (artikel 30.2 ROGFD). Gezien artikel 8 lid 2 onderdeel b, c en d Implementatiewet dient het procesreglement van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting te borgen dat in procedures die zijn gericht op beslechting van het geschil door het voorstellen van een oplossing:

- “b. partijen, voordat zij met de voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over het feit dat:*
- i. zij de keuze hebben om al dan niet met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven;*
  - ii. de deelname aan de procedure de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden onverlet laat;*
  - iii. de voorgestelde oplossing kan verschillen van een door een rechter aan de hand van wettelijke regels bepaalde uitkomst;*
- c. partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over de rechtsgevolgen hiervan;*
- d. partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing of minnelijke schikking instemmen, voldoende tijd krijgen om over het voorstel na te denken.”*

In het ROGFD is dit thans nog niet geborgd. Het ROGFD voldoet dus thans nog niet aan de in artikel 8 lid 2 onderdeel b, c en d Implementatiewet gestelde eisen. Dit ‘euvel’ laat zich naar mijn mening vrij gemakkelijk oplossen door bijvoorbeeld in artikel 16 ROGFD deze informatieplichten nader uit te werken en verder in het reglement te voorzien in een bedenkttermijn.

Bemiddeling eindigt ook als de Ombudsman van oordeel is dat een Klacht zich niet leent voor bemiddeling, of constateert dat het niet mogelijk is de Klacht door bemiddeling op te lossen. In dat geval verwijst hij de zaak naar de Geschillencommissie, zo blijkt uit artikel 30.3 ROGFD. *“De Geschillencommissie neemt dan kennis van het dossier in de staat waarin dat zich bevond toen met de bemiddeling werd begonnen, tenzij beide partijen anders wensen”*, aldus de tweede zin van artikel 32.2 ROGFD. De Voor-

491. Ernste 2015, p. 14.

492. Van Muijden 2007, p. 23.

zitter bepaalt vervolgens op grond van de aard van een Klacht of deze Klacht enkelvoudig of meervoudig zal worden behandeld (artikel 33 eerste zin ROGFD).<sup>493</sup> Als op grond van de Klacht en het standpunt van Aangeslotene zeer aannemelijk lijkt dat de Klacht ongegrond is, zal de zaak in een vereenvoudigde procedure door een enkelvoudige kamer van de Geschillencommissie worden behandeld, zo schrijft artikel 36.1 ROGFD voor. Dit houdt onder meer in dat de Consument alleen de gelegenheid krijgt op het verweer van de betrokken Aangeslotene te reageren, als deze laatste niet uitsluitend heeft verwezen naar het standpunt dat zij in de interne klachtprocedure heeft aangevoerd (artikel 36.2 ROGFD). Artikel 36.3 ROGFD bepaalt dat de Commissie een Klacht in een vereenvoudigde procedure afwijst “indien deze naar de toepasselijke regels, mede in het licht van eerder door de gewone rechter of Kifid gegeven uitspraken, niet voor toewijzing in aanmerking komt”. Een in een vereenvoudigde procedure gegeven uitspraak is niet bindend en staat een behandeling van de zaak door de gewone rechter niet in de weg (artikel 36.5 ROGFD). Waarschijnlijk om te voorkomen dat er onduidelijkheid kan ontstaan omtrent de vraag of een uitspraak een in een vereenvoudigde procedure gegeven uitspraak betreft en derhalve niet bindend is, bepaalt artikel 36.6 ROGFD dat een uitspraak die met toepassing van de vereenvoudigde procedure is gedaan vermeldt dat zij met toepassing van de vereenvoudigde procedure is gedaan. Ten slotte blijkt uit artikel 36.7 ROGFD dat, wanneer er sprake is van een vereenvoudigde procedure en de enkelvoudige Commissie van oordeel is dat de Klacht zich niet voor de vereenvoudigde procedure leent, zij de zaak ter gewone behandeling verwijst naar een enkelvoudige of meervoudige kamer van de Commissie of, als bemiddeling is aangewezen, naar de Ombudsman. Van Tiggele-van der Velde vraagt zich af of het reglement niet ook had moeten voorzien in een dergelijke escape voor de ‘gewone’ enkelvoudige commissie, temeer daar – zo merkt zij op – tegen de beslissing om enkel- of meervoudig te behandelen ex artikel 33 van het ROGFD geen voorziening openstaat en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in artikel 15 ook de mogelijkheid kent om van unus naar meervoudig te gaan.<sup>494</sup> Zij lijkt daarmee voorbij te gaan aan artikel 6.1 en 32.3 ROGFD, op grond waarvan de Voorzitter of de Commissie een Klacht op ieder moment van de procedure kan verwijzen naar de Ombudsman, maar ook zelf een minnelijke regeling kan proberen te bereiken. Wellicht mede omdat een geschilleninstantie in haar procesreglement duidelijk dient weer te geven onder welke voorwaarden een geschil door middel van een verkorte schriftelijke procedure wordt afgedaan, bevat artikel 36 ROGFD overigens nog de volgende uitgebreide toelichting:

*“De vereenvoudigde behandeling wordt gevolgd in zaken waarin zeer aannemelijk is dat de klacht ongegrond is. Een aanzienlijke deel van de door Kifid behandelde klachten valt in deze categorie. De zaak wordt beoordeeld door een enkelvoudige kamer van de geschillencommissie op basis van het schriftelijke dossier. Als de enkelvoudige commissie van oordeel is dat de zaak nader onderzoek vergt, verwijst zij deze naar de gewone behandeling of ter bemiddeling naar de Ombudsman. De afwijzende uitspraken die na een vereenvoudigde behandeling zijn gedaan, zijn niet bindend, net zo min als de afwijzende oordelen van de Ombudsman dat in het verleden*

493. Zie ook Van Tiggele-van der Velde 2014, p. 2.

494. Van Tiggele-van der Velde 2014, p. 3.

*waren. De consument kan niet in beroep bij Kifid, maar wel naar de gewone rechter. De consument krijgt de mogelijkheid te reageren op het verweer, tenzij dit alleen een verwijzing naar de interne klachtprocedure behelst. Hiermee wordt voorkomen dat consumenten ten onrechte de indruk krijgen dat Kifid hun klacht afwijst uitsluitend op basis van het verweer. Als de reactie aanleiding geeft tot nader onderzoek krijgt de Aangeslotene nog de gelegenheid op nieuwe elementen in de reactie te reageren.”<sup>495</sup>*

Gezien het voorgaande kan worden gesteld dat het ROGFD duidelijk aangeeft onder welke voorwaarden een geschil door middel van een vereenvoudigde procedure kan worden afgedaan. Het ROGFD voldoet dan ook aan het bepaalde in artikel 48 lid 1 onderdeel i BGfo.

Artikel 37 e.v. ROGFD bevatten nadere regels voor in het geval dat een Klacht op gewone wijze, dat wil zeggen niet via de vereenvoudigde procedure, wordt (door)behandeld. Net zoals bij de vereenvoudigde procedure (vgl. artikel 36.2 ROGFD), krijgt de Consument in de onverkorte procedure de gelegenheid op het verweer van Aangeslotene te reageren als deze verweer heeft gevoerd, anders dan door enkel te verwijzen naar haar standpunt in de interne klachtprocedure (artikel 37.1 ROGFD).

Artikel 37.2 ROGFD luidt:

*“Indien de reactie nieuwe stellingen bevat die het wenselijk maken dat Aangeslotene daarop reageert, geeft Kifid Aangeslotene de gelegenheid binnen twee weken Schriftelijk een antwoord op de reactie in te dienen.”*

Uit het ROGFD valt niet op te maken aan wie de bevoegdheid toekomt om te oordelen of de reactie van de Consument nieuwe stellingen bevat die het wenselijk maken dat Aangeslotene daarop reageert. Is dat ‘Kifid’, de ‘Voorzitter’ of de ‘Commissie’? Artikel 64.2 ROGFD bepaalt dat de Voorzitter bevoegd is de procedurevoorschriften van dit Reglement uit te leggen en aan te vullen. Ook hier lijkt mij een taak voor de Voorzitter om op grond van artikel 64.2 ROGFD de procedurevoorschriften van dit Reglement aan te vullen weggelegd.

Als de Voorzitter, de Commissie of beide partijen zulks wenselijk achten, zal de Commissie partijen oproepen voor een mondelinge behandeling van de Klacht (artikel 40.1 eerste zin ROGFD). In dat geval krijgt de Consument geen mogelijkheid meer tot het geven van een schriftelijke reactie op het verweer van Aangeslotenen en vervalt derhalve ook de mogelijkheid voor de Aangeslotenen om een antwoord op de reactie in te dienen, tenzij het naar het oordeel van Kifid voor de beoordeling van de Klacht wenselijk is dat het schriftelijke debat wordt voortgezet, zo blijkt uit artikel 37.3 ROGFD.

Een partij die bij de mondelinge behandeling bij de Commissie een of meerdere getuige(n) of deskundige(n) wil doen horen, moet dit Schriftelijk aan Kifid kenbaar maken onder vermelding van de door de getuige of deskundige te bewijzen feiten. Indien de Commissie het verzoek honoreert, zal zij dienaangaande alle partijen tijdig voor de zitting hiervan Schriftelijk op de hoogte brengen. Wordt het verzoek

<sup>495</sup>. Zie p. 18 van het ROGFD (versie 1 oktober 2014).

door de Commissie niet gehonoreerd dan staat hiertegen geen hogere voorziening open.<sup>496</sup>

De Commissie kan, indien zij dat noodzakelijk acht, ook zelf inlichtingen inwinnen, onder meer door het horen van door haar gewenste getuigen of deskundigen en door het instellen van een onderzoek door een of meer door haar aan te wijzen deskundige(n).<sup>497</sup> De Voorzitter heeft de bevoegdheid een dossier te sluiten en de Klacht verder buiten behandeling te stellen, of alle andere procedurele beslissingen nemen die hij passend acht, indien een Consument, ook na aanmaning, verzuimt op verzoeken tot het inzenden van stukken of het verstrekken van inlichtingen te reageren, zo blijkt uit artikel 39 ROGFD.

In het geval dat tijdens de behandeling van een Klacht blijkt dat er bij de feiten die aan die Klacht ten grondslag liggen naast de in rechte betrokken Aangeslotene(n) ook een andere Aangeslotene betrokken is en deze zaken zich voor gezamenlijke behandeling lenen, kan de Ombudsman of de Voorzitter op grond van artikel 48.1 ROGFD zowel ambtshalve als op verzoek van een of meer partijen besluiten dat deze gevoegd zullen worden behandeld.<sup>498</sup>

Hoewel de Ombudsman en de Geschillencommissie gezien artikel 3 respectievelijk artikel 6 ROGFD tot taak hebben Klachten van individuele Consumenten te behandelen, kunnen de Ombudsman of de Voorzitter, zowel ambtshalve als op verzoek van een of meer partijen, voorts besluiten dat zaken die zich voor gezamenlijke behandeling lenen gevoegd zullen worden behandeld.<sup>499</sup>

*“Als een Klacht wordt ingediend door of tegen meer dan een partij, worden de bepalingen van dit Reglement toegepast alsof zij voor meer partijen zijn geschreven”,* zo bepaalt artikel 50 ROGFD.

Zo spoedig mogelijk nadat zij haar onderzoek heeft voltooid, neemt de Commissie bij meerderheid van stemmen een beslissing (artikel 44.1 ROGFD), welke in beginsel uiterlijk binnen 90 dagen na de mondelinge behandeling of – indien geen mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden of zal plaatsvinden – na het afronden van de schriftelijke procedure wordt gegeven (artikel 44.2 ROGFD). In de toelichting bij artikel 44 ROGFD wordt vermeld dat de uitspraaktermijn van 90 dagen is ontleend aan de Richtlijn ADR consumenten.<sup>500</sup> Deze termijn wordt ook voorgeschreven in artikel 7 onder e van de Implementatiewet, zij het dat het in dat artikel aldus wordt geformuleerd dat de uitkomst van de procedure binnen een termijn van 90 kalenderdagen vanaf de datum waarop de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting het volledige dossier van de klacht heeft ontvangen beschikbaar dient te worden gesteld. Het gevaar bestaat dat de Commissie door dit verschil in formulering de termijn van 90 kalenderdagen vanaf de datum waarop zij het volledige dossier van de klacht heeft ontvangen overschrijdt. Het is namelijk zeer wel mogelijk dat de mondelinge behandeling plaatsvindt nadat zij het volledige dossier van de klacht heeft ontvangen. Derhalve lijkt het mij verstandig om artikel 44.2 op dit punt aan te scherpen en meer in overeenstemming te brengen met de in artikel 7 onder e van de Implementatiewet gebruikte formulering.

496. Artikel 41.5 ROGFD.

497. Artikel 41.6 eerste zin ROGFD.

498. Vgl. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-163 d.d. 15 april 2014.

499. Vgl. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-182 d.d. 10 juni 2013.

500. Zie p. 22 van het ROGFD (versie 1 oktober 2014).

Vermeldenswaardig is ten slotte nog dat het de Consument gezien artikel 42 ROGFD vrijstaat om tot aan de verzending van de uitspraak zijn Klacht bij Kifid in te trekken. De behandeling wordt dan gestaakt en het dossier gesloten, zo blijkt uit dit artikel. Deze bepaling lijkt verband te houden met de in artikel 8 lid 2 Implementatiewet opgenomen verplichting voor instanties tot buitengerechtelijke geschillen-beslechting om er in hun procesreglement zorg voor te dragen:

*“(...) dat in procedures die zijn gericht op beslechting van het geschil door het voorstellen van een oplossing:*

*a. partijen, voor de aanvang van de procedure in kennis worden gesteld van hun recht zich in elk stadium uit de procedure terug te trekken, indien zij ontevreden zijn over de wijze waarop de procedure verloopt of wordt gevoerd.”*

De in lid 2 opgenomen eisen zien echter specifiek op procedures, waarin geen bindende oplossing wordt opgelegd, maar een oplossing wordt voorgesteld, bijvoorbeeld procedures tot bemiddeling/mediation, zo is hiervoor ook reeds bij de bespreking van artikel 30 ROGFD gebleken.<sup>501</sup> Artikel 42 ROGFD heeft, zo lijkt het, alleen betrekking op de behandeling van een Klacht door de Geschillencommissie en niet op de bemiddeling door de Ombudsman. Het ROGFD ontbeert daardoor een expliciete bepaling waaruit blijkt dat het partijen vrijstaat zich in elk stadium uit de procedure bij de Ombudsman terug te trekken. Het ROGFD schiet op dit punt dan ook tekort.

Het Reglement van Beroep is een stuk beknopter dan het ROGFD. De belangrijkste regels die betrekking hebben op de behandeling van het beroep zijn terug te vinden in artikel 9 en 11 van het Reglement van Beroep. Artikel 9 luidt:

*“9.1 Tenzij het beroep kennelijk niet-ontvankelijk is, behandelt de Commissie het beroep in een vergadering, tijdens welke ieder der partijen in de gelegenheid wordt gesteld haar standpunt toe te lichten. De Commissie stelt iedere partij bij het geschil of beroep op de hoogte van de datum, het tijdstip en de plaats van haar vergadering. 9.2 Bij niet-verschijning van een partij kan de Commissie, te harer beoordeling, partijen opnieuw voor een zitting oproepen dan wel haar uitspraak geven met vermelding van het niet verschenen zijn.*

*9.3 Partijen kunnen zich ter zitting doen vertegenwoordigen door een gemachtigde en zich doen bijstaan door een raadsman, die het recht heeft in de vergadering als bedoeld in het eerste lid namens partijen het woord voeren.*

*9.4 Iedere partij, die ter vergadering van de Commissie een getuige of deskundige wenst te doen horen, dient dit binnen de daartoe door de Commissie gestelde termijn schriftelijk aan de Commissie kenbaar te maken. Indien de Commissie het verzoek honoreert, zal zij dienaangaande beide partijen tijdig voor de zitting schriftelijk op de hoogte brengen.*

*9.5 De Commissie houdt geen rekening met stukken die na de vergadering door partijen worden ingestuurd, tenzij de Commissie tijdens of na de vergadering uitdrukkelijk om toezending van die stukken heeft verzocht.*

*9.6 Tenzij de partij die het beroep heeft ingesteld de omvang daarvan heeft beperkt, beoordeelt de Commissie de zaak in volle omvang. Zij is bevoegd een uitspraak vast*

501. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 13 en 20.



*te stellen die voor de partij die het beroep heeft ingesteld, in vergelijking met de bestreden beslissing, nadelig is.”*

De Commissie van Beroep neemt zo spoedig mogelijk doch uiterlijk drie maanden nadat zij haar onderzoek naar aanleiding van het beroep heeft voltooid, met meerderheid van stemmen een beslissing, zo bepaalt artikel 11.1 Reglement van Beroep.

Artikel 11.3 bevat ten slotte nog de volgende modaliteiten voor het nemen van besluiten:

*“Waar de Commissie tot de slotsom komt, dat een bestreden beslissing van de Geschillencommissie juist is, zal deze bestreden beslissing worden gehandhaafd. Waar de Commissie tot de slotsom komt, dat deze bestreden beslissing niet juist is, zal de Commissie de door haar passend geachte beslissing voor de bestreden beslissing in de plaats stellen.”*

Het voorgaande brengt mij tot de vraag welke regels met betrekking tot de behandeling van een geschil, het beroep, verkorte schriftelijke procedures en voorlopige oordelen gezien de door de SGC en SKGZ gehanteerde reglementen ontbreken in het ROGFD en het Reglement van Beroep, maar daarin niet zouden misstaan. Een bepaling die thans is terug te vinden in de reglementen van de SKGZ en ontbreekt in de reglementen van Kifid, maar daarin naar mijn mening niet zou misstaan omdat deze voor iedereen – in de eerste plaats voor partijen – inzichtelijk maakt dat aan bindend adviseurs de nodige beoordelingsruimte toekomt bij de (wijze van) invulling en uitvoering van de opdracht, heeft de volgende strekking:

*“De Geschillencommissie kan voorts in een individuele zaak besluiten één of meer bepalingen van het reglement buiten toepassing te laten, indien en voor zover zij dit gelet op de omstandigheden van het geval geraden acht.”*<sup>502</sup>

Over de nodige beoordelingsruimte die bindend adviseurs toekomt bij de (wijze van) invulling en uitvoering van de opdracht zegt de Hoge Raad onder meer het volgende:

*“Bedacht dient te worden dat de bindend adviseurs rekening hebben te houden met de belangen van alle opdrachtgevers. Van hen kan dan ook niet worden verlangd dat zij zonder meer voldoen aan (alle) wensen en (nadere) aanwijzingen van hun opdrachtgevers. Te wijzen valt in dit verband op de toelichting bij art. 7:402 BW, waaruit kan worden afgeleid dat aard en inhoud van de overeenkomst kunnen meebrengen dat binnen het kader van de opdracht geen nadere aanwijzingen mogen worden gegeven of dat nadere aanwijzingen niet door de opdrachtnemer behoeven te worden opgevolgd (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 324).”*<sup>503</sup>

502. Artikel 22 Reglement Geschillencommissie Zorgverzekeringen d.d. 2 januari 2013. Vgl. artikel 15 Reglement Ombudsman Zorgverzekeringen d.d. 2 januari 2013, waarin het volgende is bepaald: “De Ombudsman kan voorts in een individuele zaak besluiten één of meer bepalingen van het reglement buiten toepassing te laten, indien en voor zover hij dit gelet op de omstandigheden van het geval geraden acht.”

503. HR 15 juni 2012, JOR 2012/314, m.nt. Ernste.

Uit HR 17 november 1995, NJ 1996/143 (*Buijs/Koene*) kan worden afgeleid dat artikel 44.10 onder e ROGFD<sup>504</sup> een bepaling is die de bindend adviseurs van Kifid binnen het kader van hun opdracht de nodige armslag biedt om nadere aanwijzingen van hun opdrachtgever(s) niet te hoeven opvolgen, welke zij zonder deze bepaling niet zouden hebben gehad. In die zaak was namelijk de vraag aan de orde of artikel 17 van het Reglement Geschillencommissie Woninginrichting, waarin was bepaald dat deze commissie de bevoegdheid had iedere uitspraak te doen die zij redelijk en billijk achtte ter beëindiging van het geschil, zo uitgelegd moet worden dat het aan de Geschillencommissie is om eigener beweging na te gaan wat de meest redelijke oplossing voor het haar voorgelegde geschil is en dat zij daarom bevoegd is om indien zij dat de meest redelijke oplossing oordeelt, de overeenkomst van partijen te ontbinden, ook indien de koper daarom niet met zoveel woorden heeft gevraagd.<sup>505</sup> De Hoge Raad overwoog als volgt:

*“Begrijpelijkerwijs heeft het Hof tegen deze achtergrond art. 17 van het reglement zo uitgelegd dat het aan de Geschillencommissie is om eigener beweging na te gaan wat de meest redelijke oplossing voor het haar voorgelegde geschil is en dat zij daarom bevoegd is om indien zij dat de redelijkste oplossing oordeelt, de overeenkomst van partijen te ontbinden, ook indien de koper daarom niet met zoveel woorden heeft gevraagd. Deze uitlegging — die is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en in cassatie daarom niet op juistheid kan worden getoetst — geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting; zij strookt veeleer met de rechtens geoorloofde opzet van de onderwerpelijke geschillenbeslechting die, gericht als zij erop is, het de consument mogelijk te maken geschillen met de leverancier te doen beslechten in een eenvoudige procedure waarin hij zelf, zonder rechtsbijstand, kan optreden, noodzakelijkerwijs aan de Geschillencommissie een ruime bevoegdheid tot ambtshalve optreden moet laten.”*<sup>506</sup>

A-G Vranken verwoordde het in zijn Conclusie voor dit arrest op de volgende manier:

*“Kortom, of een bindend adviseur gebonden is aan wat partijen vorderen, is in beginsel afhankelijk van wat partijen zijn overeengekomen. In casu geldt krachtens het Reglement Geschillencommissie Woninginrichting geen vorderingstelsel, maar heeft de commissie bij gehele of gedeeltelijke gegrondbevinding van de klacht ruime bevoegdheden om het geschil te beslissen (art. 17 Reglement). Dat op zichzelf is niet in strijd met de eisen van een goede rechtsgang of met de onpartijdigheid van uitspraken.”*<sup>507</sup>

Niet zelden wordt in procesreglementen voorts nader aangegeven wat er heeft te gelden indien er in een vreemde taal opgestelde processtukken in een procedure worden ingebracht. Artikel 5 van het Reglement Geschillencommissie Zorgverze-

504. Uit artikel 44.10 onder e ROGFD volgt dat de Commissie iedere beslissing kan nemen, die zij redelijk en billijk acht ter beëindiging van het geschil.

505. In casu had de koper bij de Geschillencommissie Woninginrichting gevraagd om vijf nieuwe kussens en subsidiair om een nieuwe zitcombinatie.

506. HR 17 november 1995, NJ 1996/143 (*Buijs/Koene*).

507. Conclusie A-G J.B.M. Vranken vóór HR 17 november 1995, NJ 1996/143 (*Buijs/Koene*).

keringen is een dergelijke bepaling. In dit artikel is onder meer bepaald dat, voor zover door de Consument in een vreemde taal gestelde stukken worden meege-stuurd, de Geschillencommissie een vertaling hiervan in de Nederlandse taal door een beëdigd vertaler kan verlangen en de kosten daarvan voor rekening van de consument komen. Een dergelijke regeling is niet terug te vinden in de reglementen van Kifid, terwijl ook bij Kifid door partijen wel eens in een vreemde taal gestelde processtukken worden ingediend.<sup>508</sup> Vanuit het ‘Principe van doorzichtigheid’ acht ik het aanbevelenswaardig op dit punt een nadere regeling in de reglementen van Kifid op te nemen.

Artikel 10 van het Reglement Geschillencommissie Voertuigen geeft aan onder welke omstandigheden een consument geacht wordt het geschil te hebben ingetrokken.<sup>509</sup> Een dergelijke bepaling is bijvoorbeeld van belang met het oog op de in artikel 3:316 lid 2 BW genoemde termijn van zes maanden. Kort gezegd komt het hierop neer. Gezien artikel 3:316 lid 3 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering gestuit door een handeling, strekkende tot verkrijging van een bindend advies. Indien een consument het geschil vervolgens intrekt, dan is de verjaring slechts gestuit, indien binnen zes maanden nadat het geding door intrekking is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze alsnog tot toewijzing leidt, zo volgt uit artikel 3:316 lid 2 en 3 BW. Daarom beveel ik Kifid aan ook regels te stellen waaruit blijkt op welk moment een geschil geacht wordt te zijn ingetrokken. Ten slotte merk ik met betrekking tot mediation door een mediator die aan Kifid is verbonden (vgl. artikel 27.1 ROGFD) nog het volgende op. Mediation is thans nog vormvrij<sup>510</sup> en relatief ongeregeld. Wel is het zo dat mediation onder de wettelijke definitie van opdracht valt, zodat het bepaalde in titel 7 van Boek 7 BW bij mediation dient te worden nageleefd.<sup>511</sup> Op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen die door middel van mediation worden beslecht kan, gezien artikel 2 van die wet, de Wet implementatie Richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken van toepassing zijn.<sup>512</sup> In paragraaf 4.5.3 is reeds opgemerkt dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting er op grond van artikel 8 lid 2 Implementatiewet in haar procesreglement zorg voor dient te dragen dat ook bij mediation:

- “a. partijen, voor de aanvang van de procedure in kennis worden gesteld van hun recht zich in elk stadium uit de procedure terug te trekken, indien zij ontevreden zijn over de wijze waarop de procedure verloopt of wordt gevoerd. Indien de ondernemer verplicht is deel te nemen aan procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, geldt dit alleen voor de consument;*
- b. partijen, voordat zij met de voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over het feit dat:*

508. Zo blijkt uit het uitsprakenregister: Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-220 d.d. 30 juli 2012 en Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-87 d.d. 21 februari 2013.

509. Artikel 10 van het Reglement Geschillencommissie Voertuigen luidt: “Indien de consument niet binnen één maand na een daartoe strekkend verzoek voldoet aan het bepaalde in de artikelen 7 lid 2, 8 en 9, wordt hij geacht het geschil te hebben ingetrokken. De commissie kan de termijn van één maand bekorten of verlengen.”

510. Neervoort 2014, p. 33.

511. Aldus ook Van Muijden 2007 en Neervoort 2014, p. 33.

512. Stb. 2012, 570.

- i. zij de keuze hebben om al dan niet met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven;
- ii. de deelname aan de procedure de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden onverlet laat;
- iii. de voorgestelde oplossing kan verschillen van een door een rechter aan de hand van wettelijke regels bepaalde uitkomst;
- c. partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over de rechtsgevolgen hiervan;
- d. partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing of minnelijke schikking instemmen, voldoende tijd krijgen om over het voorstel na te denken.”<sup>513</sup>

Om te worden erkend als instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting zal Kifid dan ook in zijn procesreglement hieromtrent nadere regels dienen op te nemen, omdat het mediationproces via een mediator die aan Kifid is verbonden thans nog ongeregeld is. Voor de volledigheid kan ten slotte nog worden opgemerkt dat op dit moment de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht bij de Tweede Kamer aanhangig is.<sup>514</sup>

## 5.7 Regels met betrekking tot wraking van een lid van het orgaan

In paragraaf 4.5.3 is reeds ter sprake gekomen dat instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting op grond van artikel 5 van de Implementatiewet over procedures dienen te beschikken die – kort gezegd – wraking van een met buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste persoon mogelijk maken. De Implementatiewet bepaalt echter niet met zoveel woorden dat deze procedures in het reglement moeten worden opgenomen. Daarom heeft de Minister van Financiën in artikel 48 lid 1 onderdeel c BGfo bepaald dat een geschilleninstantie “*regels met betrekking tot wraking van een met buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste persoon, op grond van feiten of omstandigheden die een onpartijdig of onafhankelijk oordeel van die persoon zouden bemoeilijken*” in het reglement voor de behandeling van geschillen dient op te nemen en in overeenstemming met dat reglement dient te handelen.<sup>515</sup>

Kifid biedt partijen de mogelijkheid de behandelend (substituut-)Ombudsman, de leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep te wraken, zo blijkt uit artikel 28, 35, 51, 52, 53 ROGFD en artikel 8 van het Reglement van Beroep. Wat opvalt bij nadere bestudering van enerzijds artikel 51.2 en 52.2 ROGFD en anderzijds artikel 8.3 van het Reglement van Beroep, is dat de Ombudsman en een lid van de Geschillencommissie zowel kan worden gewraakt op grond van te zijnen aanzien bestaande feiten of omstandigheden waardoor zijn *onpartijdigheid* of *onafhankelijk oordeel* bij de behandeling van de Klacht aan twijfel onderhevig zou kunnen zijn, terwijl een lid van de Commissie van Beroep slechts “*kan worden gewraakt op grond dat er te zijnen aanzien feiten of omstandigheden bestaan waardoor zijn onpartijdigheid in de aan het oordeel van de Commissie onderworpen zaak aan twijfel onderhevig zou kunnen zijn*”. Wraking op grond dat er ten aanzien van een of meer leden van de Commissie van Beroep feiten of omstandigheden bestaan waardoor de *onafhankelijkheid* in de

513. Artikel 8 lid 2 Implementatiewet.

514. Neervoort 2014, p. 33. Kamerstukken II 2012/13, 33723 (voorstel van wet). Vgl. Kamerstukken I 2014/15, 33982, C, p. 2.

515. Zie ook *Stb.* 2015, 250, p. 9.

aan het oordeel van de Commissie onderworpen zaak aan twijfel onderhevig zou kunnen zijn, behoort daarmee kennelijk niet tot de mogelijkheden. Ook hier is dus weer sprake van een merkwaardige inconsistentie tussen het bepaalde in het ROGFD enerzijds en het bepaalde in het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Kifid) anderzijds. Daar komt bij dat artikel 8.3 noch een andere bepaling uit het Reglement van Beroep invulling geeft aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel c Bgfo gestelde eis dat het reglement voor de behandeling van geschillen ook de regel dient te omvatten dat een lid van een orgaan dat is belast met de beslechting van geschillen kan worden gewraakt op grond van feiten of omstandigheden die een onafhankelijk oordeel van dat lid zouden bemoeilijken.

Overigens kan nog het volgende worden opgemerkt. Bij motie van 15 februari 2012 hebben de leden Schouw en Berndsen van de Tweede Kamer de regering opgeroepen te onderzoeken hoe de beoordeling van wrakingsverzoeken (in het kader van een procedure bij de overheidsrechter) zo kan worden aangepast dat de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de overheidsrechter beter is gewaarborgd. Deze Kamerleden kwamen blijkens de motie tot deze oproep na de constatering dat wrakingsverzoeken die in dat kader plaatsvinden worden beoordeeld door rechters die bij dezelfde rechtbank werkzaam zijn als de rechter die subject is van het wrakingsverzoek. Zij merkten op dat dit de schijn van partijdigheid kan wekken.<sup>516</sup> Deze motie is een uiting van een breder levende onvrede over het systeem dat op een wrakingsverzoek wordt beslist door hetzelfde gerecht, waartoe ook de gewraakte rechters behoren, zo kan worden geconcludeerd uit een tweeledig onderzoek dat is uitgevoerd in opdracht van de Raad voor de rechtspraak.<sup>517</sup>

In het licht van het voorgaande kan de vraag worden opgeworpen of de in het ROGFD en het Reglement van Beroep opgenomen wrakingsstelsel niet ook tot onvrede zal leiden vanwege een (ogenschijnlijk) gebrek aan afstand tussen degenen die hebben te oordelen over een wrakingsverzoek en degene(n) die subject is (zijn) van een wrakingsverzoek. Uit artikel 53.1 ROGFD blijkt namelijk dat wrakingsverzoeken in het kader van een procedure bij de Geschillencommissie worden beoordeeld door leden van de Geschillencommissie op wie het wrakingsverzoek geen betrekking heeft. Ten aanzien van wrakingsverzoeken in het kader van een procedure bij de Commissie van Beroep lijkt het gezien artikel 8.5 van het Reglement van Beroep zelfs zo te zijn dat de bindend adviseurs die onderdeel uitmaken van dezelfde commissie die daarna heeft te oordelen over het inhoudelijke geschil, met uitzondering van diegene te wiens aanzien de wraking is voorgesteld, beslissen over het wrakingsverzoek. Artikel 8.5 van het Reglement van Beroep luidt namelijk:

*“De Commissie met uitzondering van diegene te wiens aanzien de wraking is voorgesteld beslist zo spoedig mogelijk op het verzoek tot wraking. (...)”*

Gezien de uitkomsten van het eerdergenoemde tweeledige onderzoek beveel ik Kifid aan wrakingsverzoeken te laten beoordelen door een college dat in ieder geval niet bestaat uit leden van de Geschillencommissie of Commissie van Beroep. Een bijkomende reden om deze regeling te wijzigen kan zijn dat deze geen oplossing

516. Kamerstukken II 2011/12, 29279, 136.

517. Giesen e.a. 2012 en Van Rossum, Tigchelaar & Ippel 2012.

biedt in het geval er een verzoek wordt ingediend om alle leden van de Commissie van Beroep te wraken.<sup>518</sup>

## 5.8 Regels omtrent hoor, wederhoor, vertegenwoordiging, deskundigen, deskundigenadviezen en getuigen

Artikel 48 lid 1 onderdeel e, f, g en h BGfo schrijft regels voor die verband houden met drie in Aanbeveling 98/257/EG genoemde principes, te weten het ‘Principe van hoor en wederhoor’, het ‘Principe van doorzichtigheid’ en het ‘Principe van vertegenwoordiging’.<sup>520</sup> Zo schrijft artikel 48 lid 1 onderdeel e BGfo voor dat het reglement voor de behandeling van geschillen van een geschilleninstantie regels dient te omvatten “met betrekking tot het op voet van gelijkheid bieden van gelegenheid aan partijen om mondeling en schriftelijk, desgewenst met bijstand van derden, hun mening aan de geschilleninstantie kenbaar te maken”.<sup>521</sup> Voorts blijkt uit artikel 7 Implementatiewet dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting er in haar procesreglement onder meer zorg voor dient te dragen dat de procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting voldoen aan de volgende eis:

“b. de partijen hebben toegang tot de procedure zonder verplicht te zijn van een advocaat of een juridisch adviseur gebruik te maken, maar de procedure ontnemt de partijen niet het recht om in enig stadium van de procedure onafhankelijk advies in te winnen of zich door een derde te laten vertegenwoordigen of te laten bijstaan”.

In het ROGFD en het Reglement van Beroep komt men, naast de reeds in paragraaf 5.5 ter sprake gekomen artikel 20.4, 36.2, 37.1 en 37.2 ROGFD en artikel 9.1 Reglement van Beroep, onder meer de volgende bepalingen tegen:

— “Consument kan zich bij de behandeling door Kifid door iemand anders laten helpen of vertegenwoordigen. Als Consument een vertegenwoordiger wil aanwijzen, moet hij dat Schriftelijk aan Kifid laten weten. De vertegenwoordiger moet ook laten weten dat hij met zijn aanwijzing instemt. Dat kan allebei op het klachtformulier. Ook Aangeslotene kan zich door iemand anders laten helpen of vertegenwoordigen. Hij dient dit Schriftelijk aan Kifid mede te delen.”;<sup>522</sup>

— “Kifid kan in ieder stadium van de procedure aanvulling van de uiteenzettingen van partijen en overlegging van bescheiden of kopieën daarvan verzoeken. De wederpartij zal in de gelegenheid worden gesteld daarop te reageren, tenzij de stukken voor de oordeelsvorming door de Commissie niet van belang zijn.”;<sup>523</sup>

— “Als een partij niet verschijnt, kan de Commissie ervoor kiezen partijen opnieuw voor een mondelinge behandeling op te roepen. Zij kan ook een uitspraak geven met vermelding van het niet verschenen zijn. De wel verschenen partij kan, indien de Commissie niet tot een hernieuwde oproeping besluit, bij de mondelinge behandeling haar standpunt toelichten. Indien dit naar het oordeel van de Commissie

518. Vgl. het wrakingverzoek in de zaak Wilders, Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO1532.

520. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/33-34.

521. Vgl. artikel 8 aanhef en onderdeel a en b Richtlijn 2013/11/EU, PbEG 2013, L 165/74.

522. Artikel 15.1 ROGFD.

523. Artikel 38 eerste en tweede zin ROGFD.

uit het oogpunt van hoor- en wederhoor noodzakelijk is, geeft zij de andere partij de gelegenheid op deze toelichting te reageren.”;<sup>524</sup>

— “De Commissie die over een wrakingsverzoek oordeelt, stelt partijen en de gene op wie het wrakingsverzoek betrekking heeft in de gelegenheid zich daarover Schriftelijk uit te laten. Indien dat naar haar oordeel wenselijk is, kan zij het wrakingsverzoek in een hoorzitting behandelen. Hiertoe worden dan alle betrokkenen opgeroepen.”<sup>525</sup>

— “Artikel 46 Herstel kennelijke vergissingen

46.1 De Voorzitter kan uit eigen beweging of op een binnen twee weken na de verzenddatum van de uitspraak door een partij Schriftelijk gedaan verzoek een kennelijke reken- of schrijffout in de uitspraak herstellen, dan wel overgaan tot verbetering van namen en data in de uitspraak.

46.2 Kifid zendt een door een partij gedaan verzoek tot verbetering in kopie aan de wederpartij. De wederpartij krijgt een termijn van twee weken om op het verzoek te reageren. De Commissie kan deze termijn op verzoek van de betrokken partij eenmalig met twee weken verlengen. Een reactie die buiten de termijn wordt ontvangen, blijft buiten beschouwing, tenzij de Voorzitter zwaarwegende gronden aanwezig acht het stuk toch toe te laten.

46.3 (...)

46.4 Van een voornemen tot ambtshalve verbetering van de uitspraak stelt Kifid partijen Schriftelijk op de hoogte. Partijen krijgen een termijn van twee weken om op dit voornemen te reageren. De Commissie kan deze termijn op verzoek van ieder van partijen eenmalig met twee weken verlengen. Een reactie die buiten de termijn wordt ontvangen, blijft buiten beschouwing, tenzij de Voorzitter zwaarwegende gronden aanwezig acht het stuk toch toe te laten.”;<sup>526</sup>

— “6.6 De Secretaris stelt de Verweerder schriftelijk in kennis van het in behandeling nemen van het beroep onder toezending van een afschrift van het beroepschrift.

6.7 De Verweerder kan binnen een maand na de kennisgeving bedoeld in het voorgaande lid schriftelijk reageren op het beroepschrift en de overige door de Verzoeker overgelegde bescheiden, alsmede op de zaak betrekking hebbende bescheiden overleggen. De Secretaris zendt de Verzoeker afschrift van de reactie van de Verweerder en van door de Verweerder overgelegde bescheiden.”<sup>527</sup>

Gezien deze bepalingen voldoen het ROGFD en het Reglement van Beroep aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel e, f, g en h BGfo gestelde eisen. Daarbij is de volgende kanttekening te plaatsen. In de inleiding van het vorige hoofdstuk is reeds ter sprake gekomen dat het voor Kifid met het oog op aansluiting bij FIN-NET van belang is te voldoen aan de in Aanbeveling 98/257/EG opgenomen principes. In het licht daarvan is het van belang bij de uitleg van de verschillende onderdelen van artikel 48 lid 1 BGfo de in Aanbeveling 98/257/EG opgenomen principes in aanmerking te nemen. Gezien het in deze aanbeveling genoemde ‘Principe van vertegenwoordiging’ en gezien artikel 7 en 8 Implementatiewet is het van belang dat Kifid in zijn

524. Artikel 40.3 ROGFD.

525. Artikel 53.3 ROGFD.

526. Artikel 46 ROGFD.

527. Artikel 6.6 en 6.7 Reglement van Beroep.

reglementen waarborgt dat partijen niet het recht wordt ontnomen zich “in elke fase van de procedure te doen vertegenwoordigen of te doen vergezellen door een derde”<sup>528</sup> en “dat partijen ervan in kennis worden gesteld dat zij niet verplicht zijn gebruik te maken van een advocaat of juridisch adviseur maar dat zij in elk stadium van de procedure onafhankelijk advies kunnen inwinnen of zich door een derde kunnen laten vertegenwoordigen of laten bijstaan”.<sup>529</sup> Dat is nu nog niet het geval.

In het ROGFD, meer in het bijzonder in artikel 54 lid 1, is wel opgenomen dat de Ombudsman of de Voorzitter een persoon in een bepaald geval of in het algemeen het recht “kan ontzeggen als verlener van bijstand of vertegenwoordiger van Consumenten of Aangeslotenen op te treden indien deze persoon zich, ook na ter zake te zijn gewaarschuwd, tegenover bij de Klacht betrokken personen, waaronder medewerkers van Kifid, blijft gedragen of uitlaten op een wijze die in het maatschappelijk verkeer onaanvaardbaar is, of indien het optreden van deze persoon het belang van de door hem bijgestane Consument schaadt of dreigt te schaden”.

Uit het vervolg van artikel 54 ROGFD blijkt dat dit recht kan worden uitgeoefend onder de volgende nadere voorwaarden:

“54.2 Indien de Ombudsman of de Voorzitter deze bevoegdheid wil uitoefenen, stelt hij de betrokken persoon en, waar van toepassing, de betrokken Consument of Aangeslotene, daarvan Schriftelijk en met redenen omkleed in kennis. Hij stelt, alvorens te beslissen, de betrokken persoon en de door deze vertegenwoordigde Consument of Aangeslotene in staat zijn mening over het voornemen te geven.

54.3 Als aan het voornemen ten grondslag ligt dat het optreden van de vertegenwoordiger de Consument schaadt of dreigt te schaden, kan de bevoegdheid van het eerste lid niet worden uitgeoefend als de Consument zich, nadat hij van het voornemen op de hoogte is gesteld, laat weten de vertegenwoordiger te willen handhaven.

54.4 Het voorgaande geldt niet voor advocaten die onder wettelijk tuchtrechtelijk toezicht staan en niet zijn geschorst in de uitoefening van hun beroep.”

Artikel 54 ROGFD is overigens nog voorzien van de volgende toelichting:

“Helaas blijkt dat procesvertegenwoordigers zich soms niet kunnen houden aan elementaire normen van maatschappelijk behoren, of dat zij zich (anderszins) gedragen op een wijze die de belangen van de door hen vertegenwoordigde partij (doorgaans de consument) schaadt. Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid in extreme gevallen een procesvertegenwoordiger het recht te ontzeggen bij Kifid op te treden. Er gelden daarbij de nodige procedurele waarborgen. Voor advocaten geldt deze bepaling niet, omdat daar het tuchtrecht kan worden gebruikt om tegen eventuele misstanden op te treden.”<sup>530</sup>

Wat ik in verband met de eerdergenoemde verplichting om in de procesreglementen te waarborgen dat partijen niet het recht wordt ontnomen zich “in elke fase van de procedure te doen vertegenwoordigen of te doen vergezellen door een derde” mis in de in artikel 54 ROGFD opgenomen regeling en daarin naar mijn mening niet zou misstaan,

528. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/34 en artikel 7 onder b Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten.

529. Artikel 8 onder b Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten.

530. Zie p. 27 van het ROGFD (versie 1 oktober 2014).



is de bepaling dat de Ombudsman of de Voorzitter de betrokken Consument of Aangeslotene in de gelegenheid stelt een andere persoon als vertegenwoordiger aan te wijzen en de zaak daartoe zo nodig zal aanhouden.<sup>531</sup>

Een tweede kanttekening betreft artikel 16.2 ROGFD. Dit artikel schrijft (onder meer) voor dat de Geschillencommissie in verband met het benodigde onderzoek naar de feiten of met het oog op het bereiken van een schikking kan bepalen dat een van beide of beide partijen daar zelf (in persoon) moeten verschijnen. Dit lijkt in strijd met het in Aanbeveling 98/257/EG genoemde beginsel dat een procedure de partijen niet het recht kan ontnemen zich in elke fase van de procedure te doen vertegenwoordigen door een derde. De aanbeveling is echter niet geheel consistent. De Europese Commissie beveelt organen die voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen bevoegd zijn namelijk ook aan om in het kader van het ‘Principe van doorzichtigheid’ onder meer regels te stellen met betrekking tot het ‘*het persoonlijk verschijnen*’ van partijen.<sup>532</sup> Derhalve lijkt het er toch op dat een geschilleninstantie regels mag stellen op grond waarvan partijen in bepaalde omstandigheden persoonlijk dienen te verschijnen.

Uit artikel 48 lid 1 onderdeel e BGfo mag niet worden afgeleid dat een geschilleninstantie verplicht is om partijen in alle gevallen de gelegenheid te bieden een mondelinge toelichting te geven. Met het oog op de snelheid van de procedure is het toegestaan dat een geschilleninstantie regels stelt op grond waarvan partijen alleen in bepaalde omstandigheden de gelegenheid krijgen mondeling hun mening kenbaar te maken, zo blijkt uit de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft en de considerans van Aanbeveling 98/257/EG.<sup>533</sup> De in artikel 40.1 ROGFD opgenomen bepaling dat de Commissie partijen alleen voor een mondelinge behandeling van de Klacht oproept als de Voorzitter, de Commissie of beide partijen zulks wenselijk achten, is dus niet in strijd met artikel 48 lid 1 onderdeel e BGfo.

Artikel 48 lid 1 onderdeel f, g en h BGfo heeft met name betrekking op regels omtrent deskundigen, deskundigenadviezen en getuigen. Uit deze onderdelen blijkt dat het reglement voor de behandeling van geschillen van een geschilleninstantie regels dient te omvatten met betrekking tot:

- “de voorwaarden waaronder een deskundige kan worden verzocht een advies uit te brengen” (onderdeel f);
- “de voorwaarden waaronder getuigen en deskundigen kunnen worden gehoord, dan wel inlichtingen van hen kunnen worden ingewonnen” (onderdeel g), en;
- “de mogelijkheid voor partijen om van alle door hen naar voren gebrachte feiten en stellingen, alsmede van verklaringen van getuigen en deskundigen, over en weer kennis te nemen en daarop te reageren” (onderdeel h).

Bovengenoemde regels zijn met name terug te vinden in artikel 25 en 41 ROGFD en artikel 9.4 en 10 van het Reglement van Beroep. Deze artikelen overziend, kan worden gesteld dat Kifid in belangrijke mate voldoet aan de in artikel 48 lid 1 on-

531. Vgl. artikel 81 lid 2 Rv.

532. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, *PbEG* 1998, L 115/33.

533. *Stb.* 2006, 520, p. 189 en Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, *PbEG* 1998, L 115/32.

derdeel f, g en h BGfo gestelde eisen. Enkele opmerkingen zijn echter wel te plaatsen.

Zoals gezegd dient het reglement voor de behandeling van geschillen van een geschilleninstantie op grond van artikel 48 lid 1 onderdeel h BGfo regels te omvatten *“met betrekking tot de mogelijkheid voor partijen om van alle door hen naar voren gebrachte feiten en stellingen, alsmede van verklaringen van getuigen en deskundigen, over en weer kennis te nemen en daarop te reageren”*. Dit artikel schrijft naar mijn mening niet voor dat in het reglement voor de behandeling van geschillen te allen tijde dient te worden opgenomen dat partijen van de door hen naar voren gebrachte feiten en stellingen, alsmede van verklaringen van getuigen en deskundigen, over en weer kennis moeten kunnen nemen en daarop moeten kunnen reageren. Artikel 48 lid 1 onderdeel h BGfo biedt naar mijn mening de ruimte een onderscheid te maken tussen enerzijds reglementsbepalingen ten behoeve van organen voor de beslechting van consumentengeschillen die onder de principes van Aanbeveling 98/257/EG vallen en anderzijds reglementsbepalingen ten behoeve van organen voor de beslechting van consumentengeschillen die onder de principes van Aanbeveling 2001/310/EG vallen. In het eerste geval dient het reglement er wel degelijk in te voorzien dat alle betrokken partijen de mogelijkheid krijgen *“kennis te nemen van alle standpunten en alle feiten die door de andere partij naar voren worden gebracht, en eventueel van de verklaringen van de deskundigen.”*<sup>534</sup>

Bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen brengt de billijkheid van de procedure mee dat partijen in staat worden gesteld *“om vrijelijk en op eenvoudige wijze alle voor hun zaak relevante argumenten, informatie of bewijsmateriaal in te dienen op basis van vertrouwelijkheid, tenzij de partijen toestemming hebben gegeven om deze informatie aan de andere partij ter beschikking te stellen”*, aldus Aanbeveling 2001/310/EG.<sup>535</sup> Indien op enig moment het bemiddelend orgaan (de aanbeveling gebruikt hiervoor de term *‘de derde partij’*) mogelijke oplossingen voor het geschil voorstelt, zouden de partijen de mogelijkheid moeten hebben hun standpunt naar voren te brengen en te reageren op ingediende argumenten, informatie of bewijsmateriaal door de andere partij, zo beveelt de Europese Commissie aan.<sup>536</sup>

Artikel 8 Implementatiewet lijkt in tegenstelling tot artikel 48 lid 1 onderdeel h BGfo geen ruimte te bieden om een onderscheid te maken tussen enerzijds reglementsbepalingen ten behoeve van organen voor de beslechting van consumentengeschillen die onder de principes van Aanbeveling 98/257/EG vallen en anderzijds reglementsbepalingen ten behoeve van organen voor de beslechting van consumentengeschillen die onder de principes van Aanbeveling 2001/310/EG vallen. In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet wordt namelijk opgemerkt dat het begrip *‘buitengerechtelijke geschillenbeslechting’* in de Richtlijn ADR consumenten niet is gedefinieerd, maar dat blijkens de overwegingen bij de richtlijn hieronder alle vormen van buitengerechtelijke geschillenbeslechting worden begrepen, waaronder arbitrage, bindend advies, mediation, niet-bindend advies en bijvoorbeeld procedures bij een ombudsman (overwegingen 19-21).<sup>537</sup> Hoewel de wetgever dat niet met zoveel woorden zegt, lijkt het erop dat hij hiermee wil aangeven dat ook

534. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, *PbEG* 1998, L 115/34.

535. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, *PbEG* 2001, L 109/60.

536. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, *PbEG* 2001, L 109/60.

537. *Kamerstukken II* 2013/14, 33982, 3, p. 2 en 15.

in de Implementatiewet gehanteerde begrip ‘buitengerechtelijke geschillenbeslechting’ alle vormen van buitengerechtelijke geschillenbeslechting omvat.

Gezien artikel 8 lid 1 onderdeel a Implementatiewet dient de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting er in haar procesreglement zorg voor te dragen dat in procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting — dus ook bij mediation en bij procedures bij een ombudsman — de partijen de mogelijkheid te hebben om, binnen een redelijke termijn *“in kennis worden gesteld van alle argumenten, bewijsstukken, documenten en feiten die door de andere partij naar voren worden gebracht, alsmede van eventuele door deskundigen afgelegde verklaringen en ingenomen standpunten, en om daarop te reageren”*.

In het licht van het voorgaande voldoen artikel 25.2<sup>538</sup> en 26.1<sup>539</sup> ROGFD, die de Ombudsman de bevoegdheid geven om kennis te nemen van (kopieën van) documenten die door een van de partijen zijn ingebracht zonder dat de wederpartij in de gelegenheid wordt gesteld kennis te nemen van die documenten, niet aan de in artikel 8 lid 1 onderdeel a gestelde eis en lijken deze reglementsbepalingen ook op gespannen voet te staan met Aanbeveling 2001/310/EG, namelijk in die gevallen dat de Ombudsman mogelijke oplossingen voor het geschil voorstelt.

Verder zijn er enkele opvallende verschillen tussen het ROGFD en het Reglement van Beroep. In artikel 41.6 ROGFD is bepaald dat de Geschillencommissie zelf inlichtingen kan inwinnen indien zij dat noodzakelijk acht, *“onder meer door het horen van door haar gewenste getuigen of deskundigen en door het instellen van een onderzoek door een of meer door haar aan te wijzen deskundige(n). Indien de Commissie tot het zelfstandig inwinnen van inlichtingen overgaat, stelt zij partijen hiervan Schriftelijk op de hoogte. Gaat de Commissie over tot het horen van door haar zelf opgeroepen getuigen of deskundigen dan stelt zij partijen in de gelegenheid om bij het horen van deze getuigen of deskundigen aanwezig te zijn.”*

In het Reglement van Beroep is een iets afwijkende regeling opgenomen. Op grond van artikel 10.1 van dit reglement kan de Commissie van Beroep *“van partijen alle inlichtingen verlangen, die zij nodig acht. De Commissie kan ook getuigen en deskundigen horen en het medebrengen van boeken en bescheiden, alsmede een onderzoek van boeken en bescheiden van partijen door een door haar daartoe aan te wijzen registeraccountant verlangen”*. Aangezien beide reglementen door het Bestuur van Kifid zijn vastgesteld, lijkt het er enigszins op dat het Bestuur de Commissie van Beroep minder vrijheid dan de Geschillencommissie heeft willen bieden om zelf inlichtingen in te winnen. Indien er echter geen goede reden voor dit verschil tussen beide reglementen blijkt te zijn, dan beveel ik het Bestuur aan om dit verschil tussen beide reglementen bij een volgende reglementswijziging weg te nemen.

Een andere bepaling die aandacht verdient, is artikel 41.7 ROGFD. Dit artikel luidt als volgt:

538. Artikel 25.2 ROGFD luidt: *“De Ombudsman kan zich laten voorzien van het advies van deskundigen. Het advies, alsmede de documenten die op verzoek van de deskundige aan hem door partijen zijn verstrekt, worden niet aan partijen ter beschikking gesteld, tenzij de Ombudsman anders oordeelt. Bedrijfsvertrouwelijke gegevens maakt de Ombudsman niet aan anderen bekend zonder toestemming van degene op wie deze gegevens betrekking hebben.”*

539. Artikel 26.1 ROGFD luidt: *“Partijen krijgen de gelegenheid kennis te nemen van hetgeen de wederpartij onder de aandacht van de Ombudsman heeft gebracht, met uitzondering van de gegevens die volgens dit Reglement of naar opgave van de betrokken partij vertrouwelijke informatie bevatten. Vertrouwelijke documenten of kopieën daarvan worden aan de wederpartij niet verstrekt zonder toestemming van de inbrengende partij.”*

*“Als een door een van de partijen opgegeven getuige, hoewel behoorlijk opgeroepen, niet verschijnt, kan de Commissie eenmaal besluiten tot hernieuwde oproeping. Indien ook aan de tweede oproeping geen gehoor wordt gegeven, ziet de Commissie af van het horen van de getuige, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. In dat geval kan de Commissie de behandeling schorsen om de partij die belang heeft bij het horen van de getuige in de gelegenheid te stellen de getuige alsnog te laten horen of verklaren.”*

Het opvallende aan deze bepaling is dat een bepaling van gelijke strekking in het Reglement van Beroep ontbreekt. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is het niet duidelijk wat de overwegingen van het bestuur van Kifid zijn geweest om een dergelijke bepaling wel op te nemen in het ROGFD en niet op te nemen in het Reglement van Beroep, hetgeen vanuit het oogpunt van doorzichtigheid<sup>540</sup> en billijkheid<sup>541</sup> niet wenselijk is. Met het oog op het belang van een voortvarende afwikkeling van een geschil, acht ik het overigens niet onwenselijk om aan de in artikel 41.7 genoemde schorsing reglementair een maximale termijn te verbinden. Artikel 39.7 ROGFD en artikel 10.3 Reglement van Beroep zijn nagenoeg eensluidend. De eerste zin van beide artikelen luidt:

*“Van een getuigenverhoor wordt verslag opgemaakt, dat ter kennisname aan partijen in afschrift wordt gezonden. Van een op verzoek van de Commissie aan haar uitgebracht deskundigenrapport wordt een afschrift aan partijen verstrekt, die daarop binnen twee weken Schriftelijk bij de Commissie kunnen reageren.”*

Daarna wordt in de tweede zin van beide artikelen in nagenoeg gelijke bewoordingen bepaald dat de Commissie de termijn van twee weken kan verlengen. In artikel 39.7 ROGFD wordt voorts bepaald dat een reactie die buiten de termijn wordt ontvangen, buiten de procedure blijft, tenzij de Voorzitter zwaarwegende gronden aanwezig acht het stuk toch toe te laten. Deze bepaling is niet terug te vinden in artikel 10.3 van het Reglement van Beroep en zou daar mijns inziens niet misstaan. Artikel 41.9 ROGFD en artikel 10.4 Reglement van Beroep zijn ook grotendeels eensluidend, maar er is toch een opmerkelijk verschil. Artikel 10.4 luidt:

*“De kosten verband houdende met het doen horen van getuigen en/of deskundigen zijn voor rekening van de partij die deze getuige en/of deskundige wenst te horen. De kosten verband houdende met het horen van door de Commissie wenselijk geachte getuigen en/of deskundigen worden door De Consument en Aangeslotene(n), ieder voor een gelijk deel, gedragen. De Commissie kan op grond van haar oordeel over de gegrondheid van de vordering van de Consument in haar uitspraak tot een andere verdeling besluiten.”*

Zoals hierna blijkt, is artikel 41.9 ROGFD zoals gezegd bijna eensluidend aan artikel 10.4 van het Reglement van Beroep, maar bevat eerstgenoemd artikel een zinsnede (welke hierna vet gedrukt wordt weergegeven) die ontbreekt in artikel 10.4 van het Reglement van Beroep.

540. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/33.

541. Richtlijn 2013/11/EU, PbEG 2013, L 165/67.

*“De kosten verband houdende met het doen horen van getuigen of deskundigen zijn voor rekening van de partij die deze getuige of deskundige wenst te horen. De kosten verband houdende met het horen van door de Commissie wenselijk geachte getuigen of deskundigen worden door Consument en Aangeslotene(n), ieder voor een gelijk deel, gedragen, **tenzij de bewijslastverdeling tot een andere verdeling aanleiding geeft**. De Commissie kan op grond van haar oordeel over de gegrondheid van de Klacht in haar uitspraak tot een andere verdeling besluiten.”*

Ook in dit geval geldt dat bij gebrek aan een nadere toelichting op dit punt niet duidelijk is wat de overwegingen van het bestuur van Kifid zijn geweest om een dergelijk onderscheid te maken tussen beide artikelen. Ik beveel het Bestuur van Kifid aan de vet gedrukte zinsnede te schrappen uit artikel 41.9 ROGFD, mede omdat niet de bewijslastverdeling maar wel artikel 6:96 lid 2 onderdeel b BW naar mijn mening als ijkpunt moet dienen bij de vraag hoe de verdeling van deze kosten dient plaats te vinden.

## 5.9 Regels op grond waarvan de geschilleninstantie haar beslissingen baseert

De procesreglementen van Kifid dienen op grond van artikel 48 lid 1 onderdeel j BGfo regels te bevatten *“op grond waarvan de geschilleninstantie haar beslissingen baseert”*. Hierbij kan worden gedacht aan wettelijke bepalingen, gedragscodes, uitgangspunten als redelijkheid en billijkheid enz., zo blijkt uit de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.<sup>542</sup>

Artikel 11.2 van het Reglement van Beroep<sup>543</sup> bepaalt dat de Commissie van Beroep zich bij de beoordeling van geschillen laat *“leiden door hetgeen is bepaald in de wet en de bij of krachtens wetgeving geldende nadere regelgeving of te stellen eisen, de rechtspraak, de overeenkomst in kwestie, de toepasselijke gedragscodes en ereregels alsmede de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die de kwestie, waarop de klacht of het Geschil betrekking heeft, of de relatie of positie van Geschilpartijen, vergt.”*

Tot 1 oktober 2011 kende de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening een eigen reglement, het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, waarin voor de Geschillencommissie een gelijkwaardige toetsingsmaatstaf was opgenomen.<sup>544</sup> Reeds in 2009 heb ik opgemerkt dat het op mij overkomt dat de opstellers van de (toen geldende) reglementen niet hebben willen aangeven dat de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep gehouden zijn dan wel de vrijheid hebben af te wijken van het positieve recht bij haar werkzaamheden en heb ik de vraag opgeworpen of in de reglementen niet beter simpelweg bepaald had kunnen worden dat de commissie haar beslissingen baseert op Nederlands recht. Daarbij heb ik onder verwijzing naar het in het vorige hoofdstuk besproken artikel 7:902 BW opgemerkt dat de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep ook niet

542. Stb. 2006, 520, p. 190.

543. Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening versie 3 (9 maart 2010).

544. Deze luidde: “19.2 De Commissie laat zich bij de beoordeling van een Geschil leiden door hetgeen is bepaald in de wet en de bij of krachtens wetgeving geldende nadere regelgeving of te stellen eisen, de rechtspraak, de overeenkomst in kwestie, de toepasselijke gedragscodes en ereregels alsmede de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die de kwestie, waarop de klacht of het Geschil betrekking heeft, of de relatie of positie van Geschilpartijen, vergt.”

de vrijheid hebben af te wijken van het positieve recht.<sup>545</sup> Daar komt bij dat wanneer een niet uit de wet voortvloeiende regel, bijvoorbeeld neergelegd in een gedragscode, tot het toetsingskader van de geschilleninstantie behoort, deze niet kan worden opgelegd aan die financiële dienstverleners die zich niet vrijwillig hebben toegelegd op het naleven van deze regel.<sup>546</sup> Of eerstgenoemde opmerking mede aanleiding heeft gegeven tot een reglementswijziging, weet ik niet. Opvallend is echter dat de hiervoor bedoelde bepaling uit het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening sedert 1 oktober 2011 niet meer in gelijksoortige bewoordingen is terug te vinden in het vanaf het op dat moment in werking getreden ROGFD. In het ROGFD treft men thans de volgende, van artikel 11.2 van het Reglement van Beroep afwijkende, bepaling aan:

*“De Geschillencommissie beoordeelt een Klacht naar Nederlands recht. Daarbij houdt zij onder meer rekening met door de betrokken Aangeslotene onderschreven gedragscodes en andere vormen van zelfregulering, voorzover die naar Nederlands recht doorwerken in de verhouding tussen Consument en Aangeslotene.”<sup>547</sup>*

Gezien het verschil tussen beide toetsingsmaatstaven lijkt het erop dat de Commissie van Beroep met name een andere waarde toekent aan gedragscodes en ereregels dan de Geschillencommissie. Niet uit te sluiten valt dat dit meten met een andere maatstaf tot een andere uitspraak leidt bij dezelfde Klacht. Dit is naar mijn mening onwenselijk. Derhalve dient Kifid de inhoud van het ROGFD en het Reglement van Beroep zodanig op elkaar af te stemmen dat voor eenieder duidelijk wordt dat de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep dezelfde maatstaf aanleggen bij de behandeling van een Klacht.

#### 5.10      **Artikel 48 lid 1 onderdeel k en l BGfo en artikel 9 lid 2 Implementatiewet**

De procesreglementen van Kifid dienen op grond van artikel 48 lid 1 onderdeel k BGfo regels te bevatten ‘met betrekking tot de mogelijkheid dat de beslechting van een geschil resulteert in een niet-bindend advies’. Daarnaast dient, gezien artikel 48 lid 1 onderdeel l BGfo, in de reglementen van Kifid de bepaling te zijn opgenomen “dat de beslechting van een geschil slechts resulteert in een bindend advies indien de financiële onderneming daarmee uitdrukkelijk vooraf heeft ingestemd”.

In de nota van toelichting bij het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft wordt over eerstgenoemde eis het volgende vermeld:

*“Een geschilleninstantie dient aan de financiële dienstverlener de mogelijkheid te bieden om geschillen die op hem betrekking hebben alleen te beslechten door middel van een niet-bindend advies. Een geschilleninstantie die aan partijen uitsluitend de mogelijkheid biedt om een minnelijke schikking te beproeven komt niet voor een erkenning door de Minister van Financiën in aanmerking. Dit geldt ook indien de geschilleninstantie uitsluitend de mogelijkheid zou bieden om bindende uitspraken te*

545. Hellegers 2009, p. 7. Vgl. Hellegers 2010, p. 88.

546. Sib. 2006, 520, p. 191.

547. Artikel 6.2 ROGFD.

doen (al dan niet in combinatie met de mogelijkheid om een minnelijke schikking te beproeven). Omdat artikel 4:17, eerste lid, onderdeel b, van de wet, financieëldienstverleners verplicht om zich aan te sluiten bij een erkende geschilleninstantie, zou een verplichting in dit besluit om in het reglement op te nemen dat geschillen door de geschilleninstantie worden beslecht door middel van bindend advies, in strijd zijn met artikel 17 van de Grondwet.<sup>1</sup> Om die reden dient het reglement van een geschilleninstantie te voorzien in de mogelijkheid dat de beslechting van een geschil resulteert in een niet-bindend advies. Dit laat onverlet dat een geschilleninstantie die in overeenstemming met onderdeel k de mogelijkheid biedt om een geschil te beslechten door middel van een niet-bindend advies, daarnaast ook de mogelijkheid biedt om een minnelijke schikking te beproeven en of een geschil te beslechten door middel van een bindend advies, mits daarbij wordt voldaan aan onderdeel l. Een consument die zich wil niet binden aan een bindend advies van een geschillencommissie of juist een niet-bindend advies te vrijblijvend vindt, heeft de mogelijkheid geen gebruik te maken van de geschilleninstantie en direct naar de rechter te gaan.”<sup>548</sup>

Gezien het bepaalde in artikel 14.3, 44.3, 44.4 en 44.5 ROGFD<sup>549</sup> en het bepaalde in artikel 5.3 en 12 van het Reglement van Beroep voldoet Kifid naar mijn mening aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel k BGfo gestelde eis.

De uit artikel 48 lid 1 onderdeel l BGfo voortkomende eis dat in de procesreglementen van Kifid de bepaling moet zijn opgenomen “dat de beslechting van een geschil slechts resulteert in een bindend advies indien de financiële onderneming daarmee uitdrukkelijk vooraf heeft ingestemd”, zit ook gedeeltelijk vevat in artikel 9 lid 2 van de Implementatiewet. Dit artikellid bepaalt het volgende:

*“Een beslissing, gegeven in een procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, kan alleen bindend zijn voor partijen als partijen vooraf zijn geïnformeerd over het bindende karakter van de beslissing en zij daarmee uitdrukkelijk hebben ingestemd.”*

Het is opvallend dat de wetgever in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet zelf opmerkt dat de Implementatiewet niet regelt “wie partijen hierover informeert en evenmin op welke wijze moet zijn ingestemd. Is een ondernemer aangesloten bij een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, en meer in het bijzonder bij een commissie die bindende uitspraken doet, dan is dit voldoende om aan te nemen dat hij met het bindende karakter van uitspraken uitdrukkelijk heeft ingestemd.”<sup>550</sup> Kennelijk maakt het de wetgever niet uit wie van de betrokkenen bij een procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting partijen vooraf informeert over het al dan niet bindende karakter van een beslissing. Wel merkt de wetgever op dat het raadzaam is “dat instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten in klachtenformulieren,

548. Sib. 2006, 520, p. 190. Het onderhavige citaat uit de nota van toelichting bij het BGfo bevat een verwijzing naar een noot die als volgt luidt: “Artikel 17 Grondwet bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.”

549. Artikel 44.3, 44.4 en 44.5 luiden:

“44.3 De Commissie doet haar uitspraak als bindend advies indien Aangeslotene en Consument Schriftelijk hebben verklaard zich aan het oordeel van de Commissie als bindend advies te onderwerpen.

44.4 In alle andere gevallen doet de Commissie een niet-bindende uitspraak.

44.5 Uitspraken in een vereenvoudigde procedure zijn nooit bindend.”

550. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 21.

expliciet verzoeken om instemming met het bindende karakter van de uitspraken”.<sup>551</sup> In het algemene klachtformulier van Kifid ontbreekt een dergelijk expliciet verzoek.<sup>552</sup> Op welke wijze een Consument bij Kifid instemt met het bindende karakter van uitspraken is niet heel duidelijk. Wel vermeldt artikel 14.3 ROGFD het volgende:

*“14.3 Een Aangeslotene kan bij of na de aansluiting bij Kifid Schriftelijk verklaren dat zij oordelen van Kifid over Klachten die op haar betrekking hebben in het algemeen als bindend zal aanvaarden. Als de betrokken Aangeslotene dat niet heeft gedaan, en Consument aangeeft een uitspraak van Kifid over zijn Klacht als bindend te willen aanvaarden, vraagt Kifid uiterlijk ten tijde van het vragen van verweer aan de Aangeslotene of zij die bindendheid voor deze Klacht ook wil aanvaarden.”*

Hieruit blijkt dat Kifid kennelijk gedurende de procedure bij partijen informeert of met het bindende karakter van de uitspraak wordt ingestemd. Het ROGFD geeft geen inzicht in wat er gebeurt op het moment dat pas omstreeks het vragen van verweer aan de Aangeslotene voor de Consument duidelijk wordt dat zijn standpunt over de bindendheid van het oordeel van Kifid afwijkt van dat van de Aangeslotene. Daarbij zijn twee situaties denkbaar, namelijk enerzijds de situatie waarin blijkt dat de Consument de bindendheid van oordelen van Kifid wil aanvaarden en de Aangeslotene dat niet wil en anderzijds de situatie waarin blijkt dat de Consument opteert voor een niet-bindend advies terwijl de Aangeslotene aangeeft te kiezen voor een bindend advies. In beide gevallen dienen partijen op dat moment de gelegenheid krijgen om te kiezen tussen de weg van niet-bindend advies of de gang naar de overheidsrechter met beëindiging van de procedure bij Kifid.<sup>553</sup> Indien partijen in dat geval niet gezamenlijk opteren voor de weg van niet-bindend advies, dient de procedure bij Kifid naar mijn mening te worden beëindigd. Het feit dat de betreffende financiële onderneming op grond van artikel 4:17 Wft verplicht is aangesloten bij een door ‘Onze Minister’ aangewezen geschilleninstantie doet daar naar mijn mening niets aan af.

Overigens wordt als toelichting bij artikel 44 ROGFD vermeld dat *“de bepalingen over bindendheid zijn aangepast aan de wettelijke eis dat de consument altijd voor een niet-bindende uitspraak moet kunnen kiezen”*.<sup>554</sup> Niet duidelijk is op welke wettelijke eis daarmee wordt gedoeld. Er bestaan, althans bij mijn weten, geen wettelijke belemmeringen voor een geschilleninstantie om uitspraken te doen die voor de ene partij eindigen in een bindend en voor een andere partij eindigen in een niet-bindend advies. Partijen dienen dit uiteraard wel — al dan niet via de aanvaarding een dergelijke reglementaire bepaling — met elkaar overeen te komen. Een dergelijke overeenkomst heeft echter niet te gelden als een vaststellingsovereenkomst, omdat bij een vaststellingsovereenkomst partijen zich *jegens elkaar* binden aan een vaststelling omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt.<sup>555</sup> In dit verband kan worden verwezen naar Aanbeveling 98/20 57/EG. Hierin wordt in het kader van het ‘Principe van doorzichtigheid’ aan organen die voor de buitengerechtelijke beslechting van

551. Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 21.

552. [www.kifid.nl/fileupload/formulieren/klachtformulier2015.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/formulieren/klachtformulier2015.pdf), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

553. Vgl. Ernste 2015, p. 11.

554. Zie p. 23 van het ROGFD (versie 1 oktober 2014).

555. Artikel 7:900 lid 1 BW.



consumentengeschillen bevoegd zijn onder meer aanbevolen om aan iedereen die daarom vraagt kennis te geven van “*de juridische waarde van het besluit, waarbij duidelijk wordt aangegeven of het besluit alleen bindend is voor de verweerder of voor beide partijen*”.<sup>556</sup>

### 5.11 Artikel 48 lid 1 onderdeel m BGfo en artikel 7 onder c Implementatiewet

Artikel 48 lid 1 onderdeel m BGfo stelt aan een geschilleninstantie de eis dat haar reglement voor de behandeling van geschillen regels omvat “*met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van het bedrag dat, zo dit verschuldigd is, bij het aanhangig maken van het geschil dient te worden voldaan*”. Deze bepaling dient voor wat betreft Kifid te worden gelezen in samenhang met artikel 7 onder c Implementatiewet. Artikel 7 onder c Implementatiewet verlangt van instanties tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting dat zij er in hun procesreglement zorg voor dragen dat de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting voor consumenten kosteloos of tegen een geringe vergoeding beschikbaar is.

Tot 1 oktober 2014 kende het ROGFD een bepaling die luidde:

*“Artikel 31 Eigen bijdrage*

*31.1 De Consument dient een bijdrage te voldoen voordat zijn Klacht door de Geschillencommissie in behandeling wordt genomen.*

*31.2 Deze eigen bijdrage is, tenzij elders in dit Reglement anders is bepaald:*

*a) in het geval de Ombudsman de Klacht kennelijk ongegrond heeft verklaard € 100;*

*b) in overige gevallen € 50.*

*31.3 De betaling dient plaats te vinden op een door het Klachteninstituut vast te stellen en bekend te maken wijze. De bijdrage ziet ook op de kosten van het beoordelen van de ontvankelijkheid. Indien de Klacht niet in behandeling kan worden genomen, bestaat geen recht op terugbetaling van de bijdrage.”*

Met de invoering van het nieuwe reglement per 1 oktober 2014 is deze bepaling komen te vervallen en omvat het ROGFD geen bepaling meer over de kosten die een procedure bij Kifid voor consumenten meebrengt. Uit een op 24 september 2014 op de website van Kifid gepubliceerd nieuwsbericht blijkt dat de procedure bij de Geschillencommissie vanaf 1 oktober 2014 voor de Consument gratis is.<sup>557</sup> Volgens Van Tiggele is het raadzaam dat Kifid hierover een paragraaf opneemt op zijn website.<sup>558</sup> Een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting is op grond van artikel 7 onder c Implementatiewet echter gehouden in haar procesreglement te waarborgen dat de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting voor consumenten kosteloos of tegen een geringe vergoeding beschikbaar is.<sup>559</sup> Door het ontbreken van een reglementaire bepaling hieromtrent, is dat thans niet meer het geval voor wat betreft de procedure bij de Ombudsman en de Geschillencommissie. Kifid voldoet op dit punt dan ook niet aan de in artikel 7 onder c Implementatiewet gestelde eis.

556. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, *PbEG* 1998, L 115/33.

557. [www.kifid.nl/nieuws/klachtenbehandeling-bij-kifid-eenvoudiger-snel-en-gratis/100](http://www.kifid.nl/nieuws/klachtenbehandeling-bij-kifid-eenvoudiger-snel-en-gratis/100), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

558. Van Tiggele-van der Velde 2014, p. 4.

559. *Kamerstukken II* 2013/14, 33982, 3, p. 19.

Het Reglement van Beroep voldoet gezien artikel 5.8 en 5.9 van dat reglement wel aan de hiervoor gestelde wettelijke eisen. Uit deze bepalingen blijkt dat een Consument € 500 aan klachtengeld heeft te voldoen, wil hij een procedure bij de Commissie van Beroep van Kifid aanhangig maken. Uit artikel 5.8 blijkt dat de partij die beroep, respectievelijk incidenteel beroep, heeft ingesteld, daarin slechts ontvankelijk is *“nadat zij aan de Secretaris van de Commissie van Beroep de verschuldigde bijdrage voor beroep heeft voldaan, binnen de door de Secretaris aangegeven termijn. De betaling dient plaats te vinden op een door de Secretaris vast te stellen en bekend te maken wijze. De bijdrage ziet ook op de kosten van het beoordelen van de ontvankelijkheid.”*

#### 5.12 **Regels met betrekking tot de mogelijkheid om partijen in de kosten van de behandeling van een geschil te veroordelen en vaststelling van een hierbij geldend maximumbedrag**

Artikel 48 lid 1 onderdeel n BGfo stelt aan een geschilleninstantie de eis in haar procesreglementen regels te stellen met betrekking tot de mogelijkheid om partijen in de kosten van de behandeling van een geschil te veroordelen en vaststelling van een hierbij geldend maximumbedrag. Ten aanzien van dit onderdeel is er geen nadere toelichting terug te vinden in de parlementaire geschiedenis. In het ROGFD komt men de volgende bepalingen tegen die zien op de mogelijkheid om partijen in de kosten van de behandeling van een geschil te veroordelen en de vaststelling van een hierbij geldend maximumbedrag:

*“44.11 Wanneer de Commissie Consument geheel of gedeeltelijk in het gelijk stelt, of wanneer zij voor een kostenveroordeling ten gunste van Consument anderszins gronden aanwezig acht, bepaalt zij in de uitspraak dat Aangeslotene aan Consument de door deze in verband met het aanhangig maken en de behandeling van de Klacht gemaakte kosten zal vergoeden, tot een door de Commissie te bepalen bedrag. Hierbij kan een door Kifid vast te stellen en te publiceren liquidatietarief worden toegepast of – bij gebreke daarvan – het liquidatietarief zoals dit wordt gehanteerd door de rechtbanken. In alle gevallen geldt een maximum van € 5000.*

*44.12 De Commissie kan voorts een veroordeling uitspreken tot vergoeding van kosten gemaakt voor het horen van getuigen en het inschakelen van deskundigen.”*

Gezien deze bepalingen lijkt het erop dat de Commissie geen kostenveroordeling ten gunste van de Aangeslotene kan uitspreken, behoudens wanneer het een veroordeling betreft tot vergoeding van kosten gemaakt voor het horen van getuigen en het inschakelen van deskundigen. Het kan echter ook zo zijn dat artikel 44.12 ROGFD zo dient te worden gelezen dat aan de Commissie, wanneer zij de Consument geheel of gedeeltelijk in het gelijk stelt, of wanneer zij voor een kostenveroordeling ten gunste van Consument anderszins gronden aanwezig acht, voorts de bevoegdheid toekomt een veroordeling uit te spreken tot vergoeding van voor het horen van getuigen en het inschakelen van deskundigen gemaakte kosten. Het reglement verschaft geen duidelijkheid op dit punt. De eerste uitleg lijkt mij het meest voor de hand liggend, aangezien aan de commissie reeds op grond van het in paragraaf 5.8 besproken artikel 41.9 ROGFD de bevoegdheid toekomt om tot een verdeling van de kosten verband houdende met het doen horen van getuigen of deskundigen

te besluiten die haar het meest redelijke acht. Gezien deze onduidelijkheid beveel ik het bestuur van Kifid aan de redactie van artikel 44.12 ROGFD aan te scherpen. Naar mijn mening mag een kostenveroordeling ten laste van de Consument overigens niet meebrengen dat de Consument kosten aan de Aangeslotene dient te vergoeden die een gering bedrag te boven gaan. Noodzakelijk is dan ook dat in het ROGFD wordt gespecificeerd tot vergoeding van welk maximaal bedrag een Consument kan worden veroordeeld voor het horen van getuigen en het inschakelen van deskundigen. Het is wellicht nog beter om in het ROGFD te bepalen dat de Consument niet kan worden veroordeeld tot vergoeding van kosten verband houdende met het horen van door de Commissie wenselijk geachte getuigen of deskundigen, dit om de laagdrempeligheid van de procedure bij Kifid voor de Consument te garanderen.

In het Reglement van Beroep is de volgende bepaling opgenomen die regels omvat met betrekking tot de mogelijkheid om partijen in de kosten van de behandeling van een geschil te veroordelen:

*“10.4 De kosten verband houdende met het doen horen van getuigen en/of deskundigen zijn voor rekening van de partij die deze getuige en/of deskundige wenst te horen. De kosten verband houdende met het horen van door de Commissie wenselijk geachte getuigen en/of deskundigen worden door De Consument en Aangeslotene(n), ieder voor een gelijk deel, gedragen. De Commissie kan op grond van haar oordeel over de gegrondheid van de vordering van de Consument in haar uitspraak tot een andere verdeling besluiten.”*

Gezien voorgaande bepaling lijkt het erop dat ook de Commissie van Beroep een Consument kan veroordelen tot vergoeding van kosten gemaakt voor het horen van getuigen en het inschakelen van deskundigen. Ook hieraan is in het Reglement van Beroep geen maximumbedrag gekoppeld en voldoet het reglement op dit punt dan ook niet aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel n BGfo gestelde eis.

### 5.13      **Artikel 48 lid 1 onderdeel o BGfo en artikel 8 lid 1 onderdeel c Implementatiewet**

De procesreglementen van Kifid dienen op grond van artikel 48 lid 1 onderdeel o BGfo regels te bevatten met betrekking tot de vorm, inhoud en bekendmaking van de uitkomst van het advies, bedoeld in artikel 48 lid 1 onderdeel k en l BGfo, waarbij in ieder geval in de procesreglementen dient te zijn bepaald dat deze uitkomst, met redenen omkleed, ondertekend en schriftelijk aan partijen wordt medegedeeld. Een gelijksoortige verplichting is terug te vinden in artikel 8 lid 1 onderdeel c Implementatiewet. Dit artikel bepaalt dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting er in haar procesreglement zorg voor dient te dragen dat in procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting *“de partijen schriftelijk of op een duurzame gegevensdrager van de uitkomst van de procedure in kennis worden gesteld, alsmede van de redenen waarop de uitkomst is gebaseerd”*. In antwoord op de vraag of Kifid in het ROGFD op de juiste wijze invulling geeft aan deze verplichting, kan het volgende worden geconcludeerd. Artikel 44.7 ROGFD schrijft voor dat een uitspraak van de Geschillencommissie, naast de beslissing, in elk geval de volgende gegevens bevat:

- a) de namen van de Leden en Secretaris van de Commissie;
- b) de namen en woon- c.q. vestigingsplaats van partijen;
- c) de dagtekening van de uitspraak;
- d) de motivering van de gegeven beslissing;
- e) de verklaring dat de uitspraak is gegeven met inachtneming van de bepalingen van dit Reglement.”

Voorts luidt artikel 45 ROGFD als volgt:

“Verzending en publicatie uitspraak

45.1 Kifid zendt aan elk van de partijen een door de Secretaris getekend afschrift van de originele uitspraak.

45.2 Kifid doet een afschrift van elke uitspraak ter kennisneming toekomen aan de Toezichthouder.

45.3 Uitspraken worden vanwege Kifid op een door Kifid te bepalen wijze gepubliceerd, tenzij zij na een vereenvoudigde behandeling zijn gedaan en naar het oordeel van de Commissie en de Voorzitter geen belangwekkende beslissing bevatten. Namen van natuurlijke personen, en van rechtspersonen die als klagende partij optreden, worden daarbij geanonimiseerd. Kifid kan bepalen dat ook andere namen geanonimiseerd moeten worden, indien dit nodig is om onevenredige schade voor natuurlijke personen te voorkomen.”

Met deze bepalingen voldoet het ROGFD aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel o BGfo en artikel 8 lid 1 onderdeel c Implementatiewet gestelde voorwaarden. Gezien artikel 13.1 van het Reglement van Beroep, waarin is bepaald dat een afschrift van de beslissing door de Secretaris per aangetekende post aan iedere partij wordt toegezonden, alsmede aan de Geschillencommissie, en gezien artikel 11.7 van het Reglement van Beroep<sup>560</sup> voldoet ook het Reglement van Beroep aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel o BGfo en artikel 8 lid 1 onderdeel c Implementatiewet gestelde voorwaarden.

#### 5.14      **Artikel 4 onder a en artikel 7 onder a Implementatiewet**

Op grond van artikel 4 onder a Implementatiewet dient een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting een geactualiseerde website te onderhouden “die de partijen gemakkelijk toegang biedt tot informatie betreffende de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting en consumenten in staat stelt om elektronisch een klacht in te dienen en de nodige bewijsstukken te verzenden”. Voorts dient het procesreglement van een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting op grond van artikel 7 onder a Implementatiewet regels te omvatten die ervoor zorgen dat de procedure zowel elektronisch als niet elektronisch beschikbaar en gemakkelijk toegankelijk voor beide partijen is, ongeacht de plaats waar de partijen zich bevinden. Op 7 juli 2015

560. Artikel 11.7 van het Reglement van Beroep luidt: “De beslissing van de Commissie, die schriftelijk wordt vastgelegd en met redenen is omkleed, vermeldt dat zij tot stand is gekomen met inachtneming van de bepalingen van dit Reglement. Zij vermeldt voorts de namen en de woonplaatsen van de betrokken partijen, de datum waarop de beslissing is gegeven, de namen van de leden van de Commissie die haar heeft gegeven en wordt door de Voorzitter en de Secretaris ondertekend. De aldus getekende beslissing blijft bij het secretariaat van de Commissie van Beroep berusten.”

heeft Kifid in een op zijn website van Kifid gepubliceerde nieuwsbericht aangekondigd het nieuw onlineklachtenloket ‘Mijn Kifid’ te hebben geopend, via welke weg Consumenten voortaan online klachten tegen banken, verzekeraars, vermogensbeheerders en andere financiële dienstverleners kunnen indienen en Kifid de klachten vervolgens volledig online afhandelt. In het najaar worden ook de financiële dienstverleners aangesloten op Mijn Kifid, zo wordt in het nieuwsbericht opgemerkt.<sup>561</sup> Alsdan zal Kifid gezien de in artikel 7 gestelde eis ook zijn procesreglementen daarop dienen aan te passen.

## 5.15 De statuten en reglementen van Kifid en eisen ten aanzien van onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Artikel 46 lid 1 BGfo schrijft voor dat een geschilleninstantie een onafhankelijk bestuur dient te hebben. *“De onafhankelijkheid van dat bestuur vereist ten minste dat de leden vanaf de aanvaarding van hun functie en gedurende een jaar voorafgaande aan de aanvaarding van hun functie niet werkzaam zijn of zijn geweest voor of enige functie bekleden of bekleed hebben bij een financiële onderneming of een beroepsorganisatie daarvan”*, zo luidt artikel 46 lid 2 BGfo. Gezien artikel 47 lid 1 BGfo dient Kifid voorts zorg te dragen voor de onafhankelijkheid van de organen die binnen zijn organisatie verantwoordelijk zijn voor de behandeling van het geschil. Ook leden van die organen mogen vanaf de aanvaarding van hun functie en gedurende ten minste een jaar voorafgaande aan de aanvaarding van hun functie niet werkzaam zijn of gewerkt hebben voor of enige functie bekleden of bekleed hebben bij een financiële onderneming of een beroepsorganisatie daarvan, aldus artikel 47 lid 2 BGfo.

Verder dient zowel de bij de benoeming van bestuursleden van een geschilleninstantie te volgen procedure als de bij de benoeming van leden van de organen die binnen haar organisatie verantwoordelijk zijn voor de behandeling van het geschil te volgen procedure schriftelijk te zijn vastgelegd en dienen deze beide procedures ter goedkeuring aan de minister te worden voorgelegd, zo blijkt uit respectievelijk artikel 46 lid 3 en artikel 47 lid 4 BGfo.

Bestudering van de statuten en reglementen van Kifid leert dat daarin meerdere concrete voorschriften zijn opgenomen ter borging van de onafhankelijkheid van het bestuur en van de organen die binnen haar organisatie verantwoordelijk zijn voor de behandeling van het geschil. Een voor alle organen van Kifid geldend voorschrift betreft artikel 3.3 van de statuten. Hierin is bepaald dat de Stichting en haar organen hun werkzaamheden op onafhankelijke en onpartijdige wijze uitvoeren.

Met het oog op de borging van de onafhankelijkheid van het bestuur is meer specifiek de volgende bepaling in de statuten opgenomen:

*“Bestuurders kunnen niet zijn:*

*a. personen die werkzaam zijn dan wel gedurende drie (3) jaren voorafgaande aan de aanvaarding van hun functie niet in dienst zijn geweest van, of op vergelijkbare wijze werkzaam zijn geweest voor, of enige functie bekleden hebben bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen, of van, voor, onderscheidenlijk bij een Fi-*

561. [www.kifid.nl/nieuws/kifid-opent-online-klachtenloket-mijn-kifid/109](http://www.kifid.nl/nieuws/kifid-opent-online-klachtenloket-mijn-kifid/109), laatst geraadpleegd op 10 september 2015.

*nanciële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan de stichting kunnen worden voorgelegd, dan wel bij diens Brancheorganisatie, alsmede hun partner en bloed- en aanverwanten tot en met de tweede graad;*  
*b. personen die deel uitmaken van een van de overige Organen, alsmede hun partner en bloed- en aanverwanten tot en met de tweede graad' (artikel 5.5)."*

Met het oog op de onafhankelijkheid is ook artikel 5.7 van de statuten van belang, waarin is bepaald dat bestuurders worden benoemd voor de tijd van ten hoogste vier jaren en onmiddellijk doch ten hoogste eenmaal herbenoembaar zijn. Met het oog op de borging van de onafhankelijkheid van de bestuurders ten opzichte van de Minister van Financiën acht ik het aanbevelenswaardig om in de statuten ook een minimum benoemingstermijn voor bestuurders op te nemen. In de statuten zijn de hierna volgende bepalingen opgenomen teneinde de onafhankelijkheid van de Ombudsman te waarborgen:

- “De Ombudsman oefent zijn functie onafhankelijk en naar eigen inzicht uit en aanvaardt geen instructies van wie dan ook over de uitoefening van zijn functie” (artikel 20.3);
- “De Ombudsman wordt benoemd voor een periode van vijf (5) jaren” (artikel 20.5 eerste zin);
- “De Ombudsman defungeert:
  - a. door diens overlijden;
  - b. door het verlies van het vrije beheer over diens vermogen;
  - c. door diens toetreden tot een ander Orgaan anders dan de Geschillencommissie;
  - d. door diens aftreden, al dan niet conform gemeld rooster van aftreden;
  - e. bij het bereiken van de zeventigjarige leeftijd en wel op de eerste dag van de maand volgend op de maand waarin deze leeftijd wordt bereikt;
  - f. in het geval zich een situatie als bedoeld in artikel 20.8 voordoet;
  - g. door diens ontslag verleend door de rechtbank te Den Haag, op verzoek van het Bestuur, om zwaarwegende redenen” (artikel 20.6);
- “De Ombudsman mag vanaf de aanvaarding van zijn functie niet werkzaam zijn voor of enige functie bekleden bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen of bij een Financiële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan de stichting kunnen worden voorgelegd. Ook mag hij gedurende een (1) jaar voorafgaande aan de aanvaarding van zijn functie niet in dienst zijn geweest van, of op vergelijkbare wijze werkzaam geweest zijn voor, of enige functie bekleed hebben bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen of bij een Financiële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan de stichting kunnen worden voorgelegd” (artikel 20.8, vgl. artikel 47 lid 2 BGfo);
- “De Ombudsman verbindt zich ertoe gedurende drie (3) jaar nadat zijn functie een einde heeft genomen niet te werken voor een (voormalige) Aangeslotene noch voor een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan een (voormalige) Aangeslotene lid is of was” (artikel 20.9).

Ten slotte bepaalt artikel 20.10 van de statuten dat het Bestuur van Kifid na raadpleging van de Ombudsman substituut-Ombudsmannen kan ‘benoemen, op wie het

*bepaalde omtrent de Ombudsman van overeenkomstige toepassing is met uitzondering van artikel 20.4, tweede volzin*.<sup>562</sup>

Ook in het ROGFD zijn nog enkele bepalingen opgenomen met betrekking tot de onafhankelijkheid van de Ombudsman. Zo bepaalt artikel 4.1: *“De onafhankelijkheid van de Ombudsman wordt gewaarborgd door de Statuten. Hij oefent zijn functie onafhankelijk en naar eigen inzicht uit en aanvaardt geen instructies van wie dan ook over de uitoefening van de functie.”* Deze bepaling lijkt, gezien de inhoud van artikel 20.3 van de statuten, overbodig. Gezien het in Aanbeveling 2001/310/EG omschreven beginsel van onpartijdigheid, waarbij de aanbeveling wordt gedaan aan degenen die voor de procedure verantwoordelijk zijn (in casu is dat de Ombudsman) om voor het begin van de procedure aan beide partijen informatie geven over hun onpartijdigheid en competentie, kan het echter ook geen kwaad deze informatie nog eens expliciet in het ROGFD te herhalen.<sup>563</sup>

Artikel 4.2 ROGFD ordonneert dat de (substituut-)Ombudsman het Bestuur op de hoogte dient te stellen van zijn functies en nevenfuncties en van zijn belangen en relaties die zijn onafhankelijkheid in gevaar zouden kunnen brengen en voorts dat relevante functies en nevenfuncties op de website van Kifid worden gepubliceerd of daar door een verwijzing eenvoudig toegankelijk worden gemaakt.

In de statuten en reglementen zijn gelijksoortige bepalingen als bovengenoemde terug te vinden ter borging van de onafhankelijkheid van de (leden van) de geschillencommissie en de commissie van beroep. Zo blijkt uit artikel 21.3 en 22.3 van de statuten, artikel 7.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) en artikel 4.1 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Kifid) dat de leden van deze organen hun functie onafhankelijk en naar eigen inzicht uitoefenen en zij geen instructies hoeven te aanvaarden van wie dan ook over de uitoefening van hun functie.

In artikel 21.7,<sup>564</sup> 21.8,<sup>565</sup> 22.7<sup>566</sup> en 22.8<sup>567</sup> van de statuten wordt hetzelfde voorgeschreven als in de hiervoor geciteerde artikelen 20.8 en 20.9, maar dan ten aanzien

562. Artikel 20.4 tweede volzin schrijft voor dat voorafgaand aan de benoeming de Tweede Kamer der Staten-Generaal dient te worden geraadpleegd. Dit hoeft dus niet te gebeuren bij de benoeming van substituut-Ombudsmannen.

563. Aanbeveling 2001/310/EG van 4 april 2001, PbEG 2001, L 109/59.

564. Artikel 21.7 luidt: *“Leden van de Geschillencommissie mogen vanaf de aanvaarding van hun functie niet werkzaam zijn voor of enige functie bekleden bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen of bij een Financiële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan de stichting kunnen worden voorgelegd. Ook mogen zij gedurende een (1) jaar voorafgaande aan de aanvaarding van hun functie niet in dienst zijn geweest van, of op vergelijkbare wijze werkzaam geweest zijn voor, of enige functie bekleed hebben bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen of bij een Financiële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan de stichting kunnen worden voorgelegd.”*

565. Artikel 21.8 luidt: *“Leden van de Geschillencommissie verbinden zich ertoe gedurende drie (3) jaar nadat hun functie een einde heeft genomen niet te werken voor een (voormalige) Aangeslotene noch voor een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan een (voormalige) Aangeslotene lid is of was.”*

566. Artikel 22.7 luidt: *“Leden van de Commissie van Beroep mogen vanaf de aanvaarding van hun functie niet werkzaam zijn voor of enige functie bekleden bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen of bij een Financiële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan de stichting kunnen worden voorgelegd. Ook mogen zij gedurende een (1) jaar voorafgaande aan de aanvaarding van hun functie niet in dienst zijn geweest van, of op vergelijkbare wijze werkzaam geweest zijn voor, of enige functie bekleed hebben bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen of bij een Financiële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan de stichting kunnen worden voorgelegd.”*

567. Artikel 22.8 luidt: *“Leden van de Commissie van Beroep verbinden zich ertoe gedurende drie (3) jaar nadat hun functie een einde heeft genomen niet te werken voor een (voormalige) Aangeslotene noch voor een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan een (voormalige) Aangeslotene lid is of was.”*

van de leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep. Met artikel 20.8, 21.7 en 22.7 geeft Kifid invulling aan de in artikel 47 lid 2 BGfo gestelde eis. Met artikel 20.9, 21.8 en 22.8 heeft Kifid invulling gegeven aan de in artikel 6 lid 3 onderdeel c van de Richtlijn ADR consumenten opgenomen eis dat ADR-entiteiten beschikken over een procedure waarin is bepaald dat de met geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen zich ertoe verbinden *“niet te werken voor de ondernemer noch voor een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan de ondernemer lid is gedurende drie jaar nadat hun ambt in de geschillenbeslechtingsentiteit een einde heeft genomen”*. Nederland heeft echter afgezien van de in artikel 2 lid 2 onderdeel a van de Richtlijn ADR consumenten geboden mogelijkheid om de zogenaamde ‘inhouse’-geschillenbeslechting (d.w.z. geschillenbeslechting waarbij de met de geschillenbeslechting belaste personen uitsluitend in dienst zijn van of uitsluitend een vergoeding ontvangen van de individuele ondernemer) te kwalificeren als geschillenbeslechting in de zin van het wetsvoorstel en heeft de in artikel 6 lid 3 van de richtlijn geformuleerde strengere voorwaarden daarom niet geïmplementeerd.<sup>568</sup>

Verder bepaalt artikel 4.2 van het Reglement van Beroep dat het bestuur en de directie van Kifid niet in de processuele behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van, alsmede de beslissing in geschillen of categorieën van geschillen die aan de Geschillencommissie zijn of kunnen worden voorgelegd treden. Hierbij dient te worden aangetekend dat dit artikel spreekt van *‘de Geschillencommissie’*, daar waar naar alle waarschijnlijkheid *‘de Commissie van Beroep’* wordt bedoeld. Tot 1 oktober 2014 bepaalde (artikel 11.2 van) het ROGFD ook dat het Bestuur en de Directie niet treden in de processuele behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van, alsmede de beslissing over Klachten of categorieën van Klachten die aan de Geschillencommissie zijn of kunnen worden voorgelegd. Deze bepaling is thans niet meer terug te vinden in het ROGFD. In de algemene inleiding bij het ROGFD (versie in oktober 2014) wordt hieromtrent vermeld dat bepalingen die zowel in de statuten van Kifid als in het reglement stonden uit het reglement zijn geschrapt. *“Het gaat daarbij vooral om de bepalingen die de onafhankelijkheid van de geschillenbeslechting statutair funderen”*, aldus de *‘Algemene inleiding’* op pagina 1 van het ROGFD.

Verder is in artikel 8 ROGFD bepaald dat de Secretarissen van de Ombudsman en de Geschillencommissie gedurende de uitoefening van hun functie niet werkzaam mogen zijn voor of enige functie mogen *“bekleden bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen, of van, voor, onderscheidenlijk bij een Financiële onderneming ten aanzien van wie Klachten ter behandeling aan het Klachteninstituut kunnen worden voorgelegd”* (artikel 8.3), de Ombudsman en de Voorzitter van de Geschillencommissie zeggenschap uitoefenen *“over de Secretarissen en de administratie in aangelegenheden die de uitoefening van hun functie betreffen”* (artikel 8.4) en de Directie een Secretaris alleen in overleg met de Ombudsman en de Voorzitter van de Geschillencommissie kan schorsen of ontslaan (artikel 8.5).<sup>569</sup>

Uit artikel 3 van het Reglement van Beroep blijkt dat na overleg met de Voorzitter van de Commissie van Beroep ook aan deze commissie een Secretaris en, zo nodig, een of meer plaatsvervangend-secretarissen ter beschikking worden gesteld. Gelet op de inhoud van de vorige alinea, is het niet consequent en daarmee op het oog

568. *Kamerstukken II 2013/14, 33982, 3, p. 8.*

569. Artikel 8.1 ROGFD bepaalt dat de Ombudsman en de Geschillencommissie in de uitoefening van hun functie worden ondersteund door Secretarissen en door de administratie van Kifid.



onbegrijpelijk dat nergens in het Reglement van Beroep is voorgeschreven dat de Secretaris en plaatsvervangend-secretarissen van de Commissie van Beroep vanaf de aanvaarding van hun functie niet werkzaam mogen zijn voor of enige functie bekleden bij een beroepsorganisatie voor Financiële ondernemingen, of van, voor, onderscheidenlijk bij een Financiële onderneming ten aan zien van wie Klachten ter behandeling aan het Klachteninstituut kunnen worden voorgelegd en dat de Voorzitter van de Commissie van Beroep vakmatig zeggenschap uitoefent over de aan de Commissie van Beroep toegewezen Secretaris en plaatsvervangend-secretarissen.

Met betrekking tot de in artikel 47 lid 4 BGfo opgenomen eis dat de bij de benoeming van een lid van een orgaan dat binnen een geschilleninstantie verantwoordelijk is voor de behandeling van het geschil te volgen procedure schriftelijk moet zijn vastgelegd, kan het volgende worden opgemerkt. De statuten van Kifid bepalen dat leden van de Geschillencommissie worden benoemd door het Bestuur na raadpleging van de Voorzitter van de Geschillencommissie (artikel 21.4 statuten), terwijl de leden van de Commissie van Beroep gezien artikel 22.4 van de statuten en artikel 2.3 van het Reglement Commissie van Beroep worden benoemd door het Bestuur uit een voordracht die een benoemingscommissie na overleg met de Voorzitter heeft opgesteld. Voor de Ombudsman gelden weer andere benoemingsregels: artikel 20.4 van de statuten bepaalt namelijk dat de Ombudsman pas door het Bestuur wordt benoemd, na voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de minister en na raadpleging van de Tweede Kamer. Niet geheel duidelijk is wie de Tweede Kamer geacht wordt te raadplegen op grond van de voorgaande bepaling: is het de minister of het Bestuur van Kifid die de Tweede Kamer dient te raadplegen? Aangezien de minister niet gebonden is aan de statuten van Kifid, beoogt deze bepaling vermoedelijk voor te schrijven dat het Bestuur van Kifid de Tweede Kamer dient te raadplegen over de voorgenomen benoeming. Kennelijk wenst het Bestuur van Kifid hiermee een signaal af te geven open te staan voor geluiden uit de samenleving met betrekking tot het functioneren van het instituut, hetgeen prijzenswaardig is, maar het risico bestaat dat deze procedure politisering van de benoeming tot gevolg heeft. Om deze reden deel ik dan ook het reeds in het vorige hoofdstuk vermelde standpunt van de Afdeling advisering van de Raad van State *“dat de overheid terughoudendheid past waar het gaat om interventies in de interne organisatie van onafhankelijke instanties, ook wanneer zij een in zekere zin ‘publieke taak’ uitoefenen.”*<sup>570</sup>

Bovengenoemd artikel 2.3 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening verdient nog bijzondere aandacht. Dit artikel bepaalt zoals gezegd dat *“de leden van de Commissie van Beroep worden benoemd door het Bestuur uit een voordracht die de Benoemingscommissie na overleg met de Voorzitter heeft opgesteld.”* Gezien artikel 1 van voornoemd reglement wordt onder ‘Benoemingscommissie’ verstaan *“De onafhankelijke commissie tot benoeming van de leden van de Commissie van Beroep, zoals geregeld in de statuten van de Stichting”*. In de huidige statuten van de stichting is echter niets geregeld omtrent een onafhankelijke commissie tot benoeming van de leden van de Commissie van Beroep. Hier lijkt sprake van een omissie van de opstellers van de statuten, vooral omdat de oude statuten van Kifid<sup>571</sup> wel voorzagen in een be-

570. Advies van 14 november 2012, no. W06.12.0382/III, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

571. Althans de statuten van Kifid per 15 maart 2007.

noemingsadviescommissie.<sup>572</sup> Dit roept uiteraard de vraag op wat de gevolgen van deze ommissie zouden kunnen zijn. Nu de huidige statuten geen deugdelijke grondslag bevatten voor het bepaalde in artikel 2.3 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening, is dit artikel mijns inziens onverbindend en kan er derhalve worden teruggegrepen op artikel 22.4 van de statuten van Kifid, waarin is bepaald dat de leden van de Commissie van Beroep worden benoemd door het bestuur. Bepalingen in reglementen, die in strijd zijn met de wet of de statuten, verbinden immers niet.<sup>573</sup>

Aanbeveling 98/257/EG schrijft voor, zo is in paragraaf 4.2 reeds ter sprake gekomen, dat wanneer een geschil door één persoon wordt beslecht, deze een mandaat dient te bezitten met een duur die lang genoeg is om de onafhankelijkheid van zijn optreden te waarborgen zonder te kunnen worden afgezet zonder gewettigde redenen.<sup>574</sup> Met het oog op dit vereiste is het van belang vast te stellen dat een lid van de Geschillencommissie (artikel 21.4 statuten) dan wel van de Commissie van Beroep (artikel 22.4 statuten) – overigens net zoals de Ombudsman – voor een termijn van vijf jaar wordt benoemd, hetgeen – gezien de afhandeltermijnen van klachten bij Kifid<sup>575</sup> en mede gezien de in het vorige hoofdstuk besproken jurisprudentie op dit punt – lang genoeg moet worden geacht om de onafhankelijkheid van zijn optreden te waarborgen. Gezien deze statutaire bepalingen kunnen de leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep overigens onbeperkt worden herbenoemd. Dit is opvallend, omdat ten aanzien van de Ombudsman Financiële Dienstverlening is bepaald dat deze slechts eenmalig herbenoembaar is.<sup>576</sup> Dit verschil laat zich niet goed verklaren, omdat de redenen die aan dit verschil ten grondslag liggen niet duidelijk zijn.

Aangezien de mogelijkheid van tussentijds ontslag van leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep kan worden beschouwd als een bedreiging van de onafhankelijkheid van deze commissies,<sup>577</sup> is het van belang nader stil te staan bij de regels die in de statuten van Kifid zijn opgenomen over het defungeren van leden van deze commissies. In artikel 21.5 van de statuten van Kifid is bepaald dat een lid van de Geschillencommissie defungeert:

- “a. door diens overlijden;*
- b. door het verlies van het vrije beheer over diens vermogen;*
- c. door diens toetreden tot een ander Orgaan anders dan de (Substituut-)Ombudsman;*
- d. door diens aftreden, al dan niet conform gemeld rooster van aftreden;*
- e. bij het bereiken van de zeventigjarige leeftijd en wel op de eerste dag van de maand volgend op de maand waarin deze leeftijd wordt bereikt, onverminderd het bepaalde in artikel 21.4;*
- f. in het geval zich een situatie als bedoeld in artikel 21.7 voordoet;*
- g. door diens ontslag verleend door de rechtbank te Den Haag, op verzoek van het Bestuur, om zwaarwegende redenen.”*

572. Zie hieromtrent ook paragraaf 3.3.

573. Zie in gelijke zin Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 82 en Asser/Rensen 2-III\* 2012/42.

574. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/33.

575. Zie voor de afhandeltermijnen p. 14 van het Jaarverslag 2013 van Kifid: [www.kifid.nl/fileupload/Kifid\\_jaarverslag\\_2013.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/Kifid_jaarverslag_2013.pdf).

576. Zie eerdergenoemd artikel 20.4 van de statuten.

577. Bovend'Eert 2008, p. 19-20.

Artikel 22.5 van de statuten van Kifid schrijft voor dat een lid van de Commissie van Beroep defungeert:

- “a. door diens overlijden;
- b. door het verlies van het vrije beheer over diens vermogen;
- c. door diens toetreden tot een ander Orgaan;
- d. door diens aftreden, al dan niet conform gemeld rooster van aftreden;
- e. bij het bereiken van de tweeënzeventigjarige leeftijd en wel op de eerste dag van de maand volgend op de maand waarin deze leeftijd wordt bereikt, onverminderd het bepaalde in artikel 22.4;
- f. in het geval zich een situatie als bedoeld in artikel 22.7 van de statuten voordoet;
- g. door diens ontslag verleend door de rechtbank te Den Haag, op verzoek van het Bestuur, om zwaarwegende redenen.”

Gezien de in paragraaf 4.5 besproken gedragscodes ter zake schorsing en ontslag van rechters en mede gezien het in Hoofdstuk 6A Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren bepaalde, kan worden geconcludeerd dat hetgeen in de statuten van Kifid is bepaald omtrent het defungeren van leden van bovengenoemde commissies in lijn is met nationale en internationale normen daaromtrent en voldaan is aan de in Aanbeveling 98/257/EG gestelde eis dat ‘afzetting’ niet mag plaatsvinden zonder gewettigde reden. Overigens is er wel sprake van een voor mij onverklaarbaar verschil tussen enerzijds artikel 21.5 onderdeel c en e en anderzijds artikel 22.5 onderdeel c en e.

De Commissie geeft in Aanbeveling 98/257/EG niet aan wat zij verstaat onder een ‘gewettigde reden’. De ‘Basic Principles on the Independence of the Judiciary’, aangenomen tijdens een VN-conferentie te Rome in 1985, geven evenwel een beeld over de vraag in welke gevallen schorsing en ontslag van rechters al dan niet aanvaardbaar is:

*“Discipline, suspension and removal*

*17. (...)*

*18. Judges shall be subject to suspension or removal only for reasons of incapacity or behaviour that renders them unfit to discharge their duties.*

*19. All disciplinary, suspension or removal proceedings shall be determined in accordance with established standards of judicial conduct.*

*20. Decisions in disciplinary, suspension or removal proceedings should be subject to an independent review. This principle may not apply to the decisions of the highest court and those of the legislature in impeachment or similar proceedings.”<sup>578</sup>*

Zie voor vergelijkbare regels ook de ‘European Charter on the statute for judges’ en Aanbeveling nr. R (94) 12 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa ‘On the independence, efficiency and role of judges’. In artikel 7 van de European Charter on the statute for judges is onder meer het volgende bepaald:

578. Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 at 59 (1985), <http://ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>.

“7. TERMINATION OF OFFICE

7.1. A judge permanently ceases to exercise office through resignation, medical certification of physical unfitness, reaching the age limit, the expiry of a fixed legal term, or dismissal pronounced within the framework of a procedure such as envisaged at paragraph 5.1 hereof.

7.2. (...)”<sup>579</sup>

In Aanbeveling nr. R (94) 12 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa ‘On the independence, efficiency and role of judges’<sup>580</sup> vindt men onder meer de volgende bepalingen terug:

*“In the decision-making process, judges should be independent and be able to act without any restriction, improper influence, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason” (principle I, par. 2d).*

*“Appointed judges may not be permanently removed from office without valid reasons until mandatory retirement. Such reasons, which should be defined in precise terms by the law, could apply in countries where the judge is elected for a certain period, or may relate to incapacity to perform judicial functions, commission of criminal offences or serious infringements of disciplinary rules” (principle VI, par. 2).*

Overigens kan de onafhankelijkheid van rechters en arbiters ook op subtielere wijze worden aangetast dan door het instrument van het al dan niet tussentijds ‘afzetten zonder gewettigde reden’. Een voorbeeld daarvan gaf de president van de Hoge Raad, mr. Geert Corstens, in zijn toespraak ter gelegenheid van de installatie van drie vicepresidenten in de Hoge Raad op dinsdag 3 januari 2012:

*“Mijn collega van het Hooggerechtshof, András Baka, is eergisteren uit zijn functie ontheven, omdat hij de volgens een andere nieuwe regel vereiste vijf jaar ervaring in de nationale rechtspraak miste. Dit terwijl hij kan bogen op een ervaring van bijna twee decennia in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Ook kan in Hongarije een niet-rechterlijk orgaan nu bepalen welke zaken in concreto aan welke rechter worden toebedeeld. De invoering heden ten dage in een Europees land van dit soort maatregelen herinnert aan de kwetsbaarheid van het bestaande stelsel. De onafhankelijkheid van de rechter, een wezenlijk onderdeel van de leer van de scheiding der machten, is hier op de tocht komen te staan.”*<sup>581</sup>

Gezien deze Hongaarse ontwikkelingen, mogen artikel 34.1 ROGFD en artikel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Kifid) binnen het kader van deze paragraaf niet onvermeld blijven. In beide artikelen is namelijk bepaald dat het de voorzitter van de respectievelijke commissies is die de leden

579. Council of Europe, European Charter on the Statute for Judges, Strasbourg 8-10 July 1998 (DAJ/DOC(98)23), [www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf).

580. Recommendation No. R (94) 12 of The Committee of Ministers to Member States on the independence, efficiency and role of judges (Adopted by the Committee of Ministers on 13 October 1994 at the 518th meeting of the Ministers' Deputies).

581. [www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Machtenscheiding-en-onafhankelijke-rechtspraak.aspx](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Machtenscheiding-en-onafhankelijke-rechtspraak.aspx).

aanwijst die aan de behandeling van een Klacht zullen deelnemen. Daarbij is tevens nadrukkelijk vastgelegd dat de voorzitter bij deze aanwijzing de aard van het geschil in aanmerking dient te nemen. Met het oog op de onafhankelijkheid van de rechtsprekende organen van erkende geschilleninstanties, zou het gezien dit Hongaarse voorbeeld geen kwaad kunnen in het BGfo expliciet een regel op te nemen die voorschrijft dat niet-rechterlijke organen geen invloed mogen hebben op de toedeling van zaken.

Ten slotte nog het volgende. In het vorige hoofdstuk is opgemerkt dat de in artikel 45 lid 1 onderdeel c en artikel 45 lid 4 onderdeel c BGfo opgenomen voorwaarden dat een geschilleninstantie in de zin van artikel 4:17 Wft over een adequate financieringssysteem dient te beschikken en een adequate bezettingsgraad moet (kunnen) realiseren, verband houden met de in artikel 48f BGfo opgenomen voorschriften en dienen ter borging van de onafhankelijkheid van de organen die binnen de geschilleninstantie verantwoordelijk zijn voor de behandeling van een geschil.<sup>582</sup> Daarom verdient het Kostenreglement Kifid en dan met name artikel 8.5 en 8.6 van het Kostenreglement Kifid 2015 nog enige aandacht. Deze artikelen luiden:

*“8.5 Indien de vermogenspositie van Kifid hiertoe noopt kan het Bestuur besluiten een (verwacht) tekort in de zin van deze bepaling, in afwijking van het voorgaande, te verrekenen met de totale jaarbijdrage voor 2015 en/of 2016.*

*8.6 Een verhoging van de jaarbijdrage op basis van de in deze bepaling beschreven tekortregeling geldt alleen voor de Aangeslotenen die reeds waren aangesloten in het jaar waarin het tekort is ontstaan.”*

Het Kostenreglement, waaraan Aangeslotenen op grond van de ‘Aansluitovereenkomst Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening’ zijn gebonden, geeft het Bestuur aldus een expliciete grondslag tekorten te verhalen op de Aangeslotenen van Kifid. Gezien deze bepaling en de overige bepalingen uit het Kostenreglement Kifid 2015, beschikt Kifid naar mijn mening over een adequate financieringssysteem. Hoewel er, gezien het hiervoor besprokene, wel kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij een aantal van de in deze paragraaf besproken bepalingen uit de statuten en reglementen van Kifid, kan gezien de bepalingen in het BGfo en mede gezien de in hoofdstuk 4 besproken uitspraak van het Europees Hof van Justitie,<sup>583</sup> worden geconcludeerd dat Kifid voldoende maatregelen heeft genomen om de onafhankelijkheid van de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep te waarborgen.

## 5.16 De reglementen bezien in het licht van eisen ten aanzien van deskundigheid

Een geschilleninstantie dient, gezien artikel 47 lid 1 BGfo, zorg te dragen voor de deskundigheid van het orgaan dat binnen haar organisatie verantwoordelijk is voor de behandeling van het geschil. Voorts zal er, gezien lid 3 van dit artikel,

582. Aldus ook *Handelingen II* 2010/11, 87. Zie voorts het concept Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, p. 63.

583. ECRM 28 juni 1984, 7819/77 en 7878/77 (*Campbell & Fell/Verenigd Koninkrijk*), [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

binnen het orgaan dat binnen zijn organisatie verantwoordelijk is voor de behandeling van het geschil, voldoende kennis en ervaring aanwezig dienen te zijn op het gebied van geschillenbeslechting, toepasselijke wet- en regelgeving en financiële producten en diensten. Uit de nota van toelichting bij het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 blijkt meer in het bijzonder dat de leden van dit orgaan kennis dienen te bezitten van de relevante wet- en regelgeving, en van financiële producten en financiële diensten, en ervaring dienen te hebben met het beslechten van geschillen of rechtspraak in brede zin. Indien een geschilleninstantie werkt met een bemiddelende voorfase of ombudsman gelden voor deze persoon of personen dezelfde eisen als ten aanzien van leden van het orgaan dat verantwoordelijk is voor de behandeling van een geschil, aldus de nota van toelichting bij het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013.<sup>584</sup> Voorts bepaalt, zoals reeds in het vorige hoofdstuk is gebleken, artikel 5 lid 1 onderdeel a van de Implementatiewet ook nog eens dat een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting ervoor zorg dient te dragen dat de met de buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen binnen hun organisatie “over de noodzakelijke kennis en vaardigheden beschikken op het gebied van buitengerechtelijke of gerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, alsmede over een algemeen begrip van het recht”. Aanbeveling 97/257/EG besteedt daarnaast nog bijzondere aandacht aan de omstandigheid dat er sprake is van *unus iudex* door het orgaan dat binnen een geschilleninstantie verantwoordelijk is voor de behandeling van het geschil. Gezien deze aanbeveling<sup>585</sup> dient er voldoende oog te zijn voor maatregelen die borgen dat deze persoon ook de benodigde capaciteit, met name op juridisch terrein, bezit die voor zijn taak noodzakelijk is. Wanneer het ROGFD en het Reglement van Beroep wordt gezien in het licht van bovengenoemde eisen ten aanzien van deskundigheid, valt het volgende op. Artikel 2.2 ROGFD schrijft voor dat de (substituut-)Ombudsman dient te voldoen aan de diplomavereisten voor benoeming als rechterlijk ambtenaar en deskundig dient te zijn op het terrein van Financiële dienstverlening en van alternatieve geschilbeslechting. Artikel 5.2 ROGFD bepaalt dat de Voorzitter en de vicevoorzitters van de Geschillencommissie dienen te voldoen aan de diplomavereisten voor benoeming als rechterlijk ambtenaar. Deze diplomavereisten zijn terug te vinden in artikel 5 Wvra en artikel 2 e.v. Bvra. Voor leden van de Commissie van Beroep gelden iets zwaardere benoemingseisen. Artikel 2.2 van het Reglement Commissie van Beroep bepaalt namelijk: “De voorzitter en de leden die niet als Deskundig lid in de Commissie van Beroep zitting hebben, moeten voldoen aan de vereisten tot benoeming als rechterlijk ambtenaar.” Een van de benoemingseisen als rechterlijk ambtenaar is dat wordt voldaan aan bovengenoemde diplomavereisten. Daarnaast stelt artikel 8.2 ROGFD de eis dat Secretarissen die de Ombudsman of Geschillencommissie ondersteunen een academische juridische opleiding dienen te hebben genoten. Aan Secretarissen van de Commissie van Beroep wordt deze eis merkwaardig genoeg niet gesteld. Overigens heeft Kifid in 2013 tot een speerpunt van zijn beleid gemaakt dat de deskundigheid van de ondersteunende secretarissen wordt vergroot.<sup>586</sup>

584. Stb. 2012, 695, p. 78.

585. Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, PbEG 1998, L 115/33.

586. Hammerstein 2014, p. 17.

Het ROGFD noch het Reglement van Beroep voorziet in maatregelen die borgen dat de leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep (zijnde voorzitter, vicevoorzitter dan wel lid) kennis bezitten van de relevante wet- en regelgeving, van financiële producten en financiële diensten en ervaring hebben bij het beslechten van geschillen of rechtspraak in brede zin. Artikel 5 Wrra en artikel 2 e.v. Brra stellen deze eisen namelijk niet. Daarbij dient de kanttekening te worden geplaatst dat, gezien artikel 34.2 ROGFD aan de meervoudige behandeling van een Klacht door de Geschillencommissie ten minste één Deskundig Lid deelneemt en gezien artikel 7.2 en 8.4 van het Reglement van Beroep, aan de behandeling van een beroep in ieder geval ten minste één deskundig lid (waaronder wordt verstaan: een lid van de Commissie van Beroep dat ruime ervaring heeft ten aanzien van de Financiële dienst waarop het geschil betrekking heeft<sup>587</sup>) dient deel te nemen.

Overigens kan, gezien artikel 4 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, alleen een Nederlander tot rechterlijk ambtenaar worden benoemd. Daarmee zijn buitenlanders kennelijk uitgesloten van benoeming tot lid van de Commissie van Beroep, hetgeen mij gezien de Algemene wet gelijke behandeling als een onnodig en ongeoorloofd onderscheid op grond van nationaliteit overkomt. Artikel 2.2 van het Reglement van Beroep lijkt daarmee nietig.<sup>588</sup>

Gezien bovenstaande bevindingen dient artikel 2.2 Reglement van Beroep te worden herzien. Voorts is het gelet op het bovenstaande aanbevelingswaardig om in het BGfo aan een geschilleninstantie voor te schrijven dat deze verplicht is een profiel-schets op te stellen voor de te benoemen leden van het orgaan dat binnen haar organisatie verantwoordelijk is voor de behandeling van het geschil, waarbij eisen worden gesteld ten aanzien van de kennis, ervaring en capaciteit van de te benoemen persoon. Daarbij zou kunnen worden bepaald dat deze profielschets bijvoorbeeld ter goedkeuring aan de minister of de AFM dient te worden voorgelegd.

## 5.17      **Samenvatting**

In dit hoofdstuk is met name de vraag beantwoord of de statuten en reglementen van Kifid voldoen aan de in de Implementatiewet en het BGfo gestelde eisen. Deze vraag dient ontkennend te worden beantwoord, onder meer vanwege de volgende redenen.

Gezien artikel 48 lid 1 onderdeel a BGfo, dienen het ROGFD en het Reglement van Beroep een duidelijke omschrijving te geven van de geschillen die ter behandeling aan de Ombudsman, Geschillencommissie en Commissie van Beroep kunnen worden voorgelegd. In paragraaf 5.2 is gebleken dat het ROGFD en het Reglement van Beroep in hun algemeenheid aan deze in het BGfo gestelde eis voldoen, zo is in paragraaf 5.2 gebleken. Opgemerkt is echter dat artikel 5.1 van het Reglement van Beroep niet duidelijk is en daarom niet voldoet aan artikel 48 lid 1 onderdeel a BGfo. Voorts is aangegeven dat artikel 9.2 onderdeel b ROGFD ongelukkig is geformuleerd en daarom dient te worden gewijzigd.

In het licht van de in artikel 48 lid 1 onderdeel b tweede zinsnede, BGfo gestelde eis dat het reglement van een geschilleninstantie een duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken dient te omvatten, is in para-

587. Zie artikel 1 Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening.

588. Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 82 en Asser/Rensen 2-III\* 2012/42.

graaf 5.4 de vraag aan de orde gekomen of het ROGFD en het Reglement van Beroep een leesbare en begrijpelijke en daarmee duidelijke omschrijving geven van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend, omdat iemand die een geschil bij Kifid aanhangig wil maken, gezien de definitie van het begrip ‘*Consument*’, zal moeten beoordelen of hij afnemer is van een ‘*Financiële dienst*’ in de zin van artikel 1 ROGFD, hetgeen een gemiddelde consument naar mijn mening niet kan. Voorts is betoogd dat het ROGFD en het Reglement van Beroep meer duidelijkheid zou kunnen verschaffen over de vraag of iemand al dan niet heeft te gelden als ‘*Consument*’ wanneer de Financiële dienst wordt afgenomen voor doeleinden die gedeeltelijk binnen en gedeeltelijk buiten beroeps- of bedrijfsmatige activiteiten van deze persoon liggen.

In paragraaf 5.6 is gebleken dat Kifid thans nog niet aan de in artikel 8 lid 2 Implementatiewet gestelde eisen voldoet.

De reglementen voor de behandeling van geschillen ontberen een regel die omvat dat een lid van de Commissie van Beroep kan worden gewraakt op grond van feiten of omstandigheden die een onafhankelijk oordeel van dat lid zouden bemoeilijken. Daardoor voldoet Kifid niet aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel c BGfo gestelde eis dat het reglement voor de behandeling van geschillen ook de regel dient te omvatten dat een lid van een orgaan dat is belast met de beslechting van geschillen kan worden gewraakt op grond van feiten of omstandigheden die een onafhankelijk oordeel van dat lid zouden bemoeilijken (paragraaf 5.7).

Met het oog op het in Aanbeveling 98/257/EG genoemde ‘*Principe van vertegenwoordiging*’ en gezien artikel 7 en 8 Implementatiewet dient Kifid in zijn reglementen beter dan thans het geval is te waarborgen dat partijen niet het recht wordt ontnomen zich ‘*in elke fase van de procedure te doen vertegenwoordigen of te doen vergezellen door een derde*’ en ‘*dat partijen ervan in kennis worden gesteld dat zij niet verplicht zijn gebruik te maken van een advocaat of juridisch adviseur maar dat zij in elk stadium van de procedure onafhankelijk advies kunnen inwinnen of zich door een derde kunnen laten vertegenwoordigen of laten bijstaan*’. Artikel 25.2 en 26.1 ROGFD, die de Ombudsman de bevoegdheid geven om kennis te nemen van (kopieën van) documenten die door een van de partijen zijn ingebracht zonder dat de wederpartij in de gelegenheid wordt gesteld kennis te nemen van die documenten, voldoen niet aan de in artikel 8 lid 1 onderdeel a gestelde eis en lijken ook op gespannen voet te staan met Aanbeveling 2001/310/EG, namelijk in die gevallen dat de Ombudsman mogelijke oplossingen voor het geschil voorstelt. Ten aanzien van artikel 41.9 ROGFD kan worden opgemerkt dat niet de bewijslastverdeling maar de in artikel 6:96 lid 2 onderdeel b BW geformuleerde regel naar mijn mening als ijkpunt moet dienen bij de vraag hoe de verdeling van kosten verband houdende met het doen horen van getuigen of deskundigen dient plaats te vinden (paragraaf 5.8).

Een instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting is op grond van artikel 7 onder c Implementatiewet gehouden in haar procesreglement te waarborgen dat de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting voor consumenten kosteloos of tegen een geringe vergoeding beschikbaar is. Door het ontbreken van een dergelijke bepaling in het ROGFD, ontbreekt een dergelijke borging ten aanzien van de procedure bij de Ombudsman en de Geschillencommissie (paragraaf 5.11). Gegeven het huidige artikel 44.12 ROGFD en het huidige artikel 10.4 Reglement van Beroep, is het daarom op zijn minst wenselijk dat in beide reglementen wordt aangegeven tot vergoeding van welk maximaal bedrag een Consument kan worden



---

veroordeeld voor het horen van getuigen en het inschakelen van deskundigen (paragraaf 5.12).



# Samenvatting

In dit proefschrift staat het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) centraal. Kifid bemiddelt in en beslecht geschillen tussen consumenten en banken, verzekeraars, intermediairs en andere financiële dienstverleners. Sedert het moment van oprichting in 2006 staat het functioneren van Kifid, onder meer vanwege een verondersteld gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid, in het middelpunt van de belangstelling. Daarom en omdat aan de inrichting van Kifid sedert de oprichting — in sommige gevallen vanwege wijziging van de wettelijke randvoorwaarden waaraan Kifid heeft te voldoen — het nodige is versleuteld, wordt in dit proefschrift onderzocht hoe Kifid thans functioneert in het licht van de meest belangrijke juridische randvoorwaarden zoals vastgelegd in wetgeving, rechtspraak en doctrine. Daartoe worden in hoofdstuk 1 nadere onderzoeksvragen geformuleerd en wordt de werkwijze bij de beantwoording van deze vragen uiteengezet. In hoofdstuk 2 wordt nader ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van Kifid en zijn organisatie. De totstandkoming van Kifid hangt met name samen met een tweetal ontwikkelingen die zich ongeveer tegelijkertijd afspeelden. De eerste ontwikkeling betreft de aanloop tot en de komst van de Wet op het financieel toezicht, de tweede is de komst van Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, Richtlijn 2002/92/EG betreffende de verzekeringsbemiddeling en Richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten. In elk van deze richtlijnen is — voor het onderwerp waarop de richtlijn betrekking heeft — steeds in woorden van gelijke strekking bepaald dat de lidstaten de invoering van passende en doeltreffende klachten- en beroepsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen dienden te bevorderen. In hoofdstuk 3 wordt aandacht besteed aan de opzet en inrichting van Kifid in historisch perspectief. De identiteit en structuur van Kifid is in belangrijke mate bepaald ten tijde van oprichting. Aan de inrichting van Kifid is, zoals reeds gezegd, sedert de oprichting echter het nodige gesleuteld. Zo heeft Kifid in acht jaar tijd vier keer een statutenwijziging doorgevoerd, onder meer om de onafhankelijkheid van de geschillenbeslechting beter te borgen en om de organisatiestructuur aan te passen aan eisen die verband houden met twee Europese initiatieven (te weten de Richtlijn ADR consumenten en de Verordening ODR consumenten) en de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten, welke strekt tot implementatie van de Richtlijn buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten. Om de vraag te kunnen beantwoorden of Kifid is ingericht en functioneert in overeenstemming met de thans voor hem meest relevante juridische randvoorwaarden wordt in hoofdstuk 4 gezocht naar een antwoord op de vraag welke de voor Kifid de meest relevante rechtsnormen zijn. Aan bod komen Aanbeveling 98/257/EG, Aanbeveling 2001/310/EG, Richtlijn ADR consumenten en Verordening ODR consumenten, artikel 44a-48f BGfo, de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten en diverse bepalingen uit de Boek 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Ten slotte wordt

in hoofdstuk 5 de vraag beantwoord of de huidige statuten en reglementen van Kifid voldoen aan de in de Implementatiewet en het BGfo gestelde eisen. In de hoofdstukken 4 en 5 is naar voren gekomen dat de wijze waarop Kifid is ingericht en functioneert op hoofdlijnen wel, maar niet altijd in overeenstemming is met de thans voor hem meest relevante juridische randvoorwaarden. Een aantal keer wordt een concreet voorstel tot verbetering gedaan.

## Summary

This study focuses on Kifid, the Dutch Financial Services Complaints Institute. Kifid, which stands for Klachteninstituut Financiële Dienstverlening, mediates in the event of disputes between consumers and banks, insurers, intermediaries and other providers of financial services with a view to reach a settlement. From the moment of its establishment in 2006, its functioning has been at the centre of attention, not only because of a perceived lack of independence and neutrality. For this reason, and because there have been the necessary modifications to its structure from the very beginning — in some cases as a result of a change in the statutory preconditions which Kifid has to meet — this study investigates its current functioning in the light of the most important legal preconditions as set in legislation and formulated by the courts and by scholars.

Chapter 1 therefore contains more detailed research questions and sets out the working method for answering these questions. In Chapter 2 the history of the formation of Kifid and its organisation are discussed in greater detail. The realisation of Kifid is connected in particular with two developments that occurred at about the same time. The first development concerns the preliminaries to the Dutch Financial Supervision Act (*Wet op het financieel toezicht*) and the introduction of the Act. The second is the coming into effect of Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services, Directive 2002/92/EC on insurance mediation and Directive 2004/39/EC on markets in financial instruments. In similar wording, each of these directives obliges the member states within the scope of the respective directives to encourage the introduction of appropriate and effective complaints and appeal procedures for the out-of-court settlement of consumer disputes. In Chapter 3 attention is paid to the overall structure and organisation of Kifid from an historical perspective. Although the identity and structure of Kifid were to a large degree determined at the time of its establishment, since then the necessary modifications have been made regarding its form. Its Articles of Association were amended four times in the course of eight years to, among other things, better safeguard the independent character of the dispute settlement and to adapt its organisational structure in order to meet the requirements under two European initiatives, i.e. the 'Directive on Consumer ADR' and the 'Regulation on Consumer ODR', and the Dutch Consumer Out-of-Court Dispute Settlement Implementation Act (*Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten*), which aims to implement the Directive on Consumer ADR. In order to find an answer to the question as to whether Kifid was set up and is functioning in conformity with the current most relevant legal preconditions, Chapter 4 examines the question as to which legal standards are of most relevance to Kifid. The standards discussed are those laid down in Recommendation 98/257/EC, Recommendation 2001/310/EC, the Directive on Consumer ADR and the Regulation on Consumer ODR, articles 45 through 48f of the Dutch Administrative Order governing the conduct-of-business supervision of financial undertakings (*Besluit Gedragstoe-*

zicht financiële ondernemingen, BGfo), the Dutch Consumer Out-of-Court Settlement Implementation Act and various provisions from Books 6 and 7 of the Dutch Civil Code (BW). Chapter 5, the final chapter, provides an answer to the question as to whether the current Articles of Association and Bylaws of Kifid meet the standards set in the Dutch Implementation Act and the Administrative Order governing the conduct-of-business supervision of financial undertakings (BGfo). In Chapters 4 and 5 it is made clear that in essence, but not in all instances, Kifid's structure and functioning are in conformity with the most relevant legal preconditions. At some points in the text a number of recommendations are found.

# Literatuurlijst

## **Alkema 2009**

E.A. Alkema, T. Barkhuysen & J.A.M. van Angeren, *Geschakeld recht: verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009.

## **Amtenbrink & Van de Gronden 2009**

F. Amtenbrink & J.W. van de Gronden, 'Economisch recht en het Verdrag van Lissabon: mededinging en interne markt', in: R.H. van Ooik & R.A. Wessel, *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2009.

## **Asser 2014**

W.D.H. Asser, 'Een bindend advies: lees Ernste', *TCR* 2014, afl. 4, p. 113-118.

## **Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997**

J.M.M. Maeijer, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

## **Asser/Hartkamp 3-I 2015**

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

## **Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2014.

## **Asser/Rensen 2-III\* 2012**

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2012.

## **Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012**

A.C. van Schaick, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2012.

**Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisverzekering*, Deventer: Kluwer 2014.

**Asser/Vonken 10-I 2013**

A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer & S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Kluwer 2013.

**Asser/Vranken Algemeen deel\*\*\*\* 2014**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel \*\*\*\**, Deventer: Kluwer 2014.

**Bovend'Eert & Kortmann 2008**

P.P.T. Bovend'Eert & C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008.

**Brenninkmeijer, Van Ewijk & Van der Werf 2002**

A. Brenninkmeijer, M. van Ewijk & C. van der Werf, *De aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland*, Leiden: EM Meijers Instituut 2002.

**Broekema-Engelen 1999**

B.J. Broekema-Engelen, 'Vaststellingsovereenkomst en dwingend recht', in: C.J.J.M. Stolker & T. Hartlief (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999.

**Cahen 1965**

J.L.P. Cahen, 'Kortsluiting in contractuele verhoudingen', *RMThemis* 1965.

**Cahen 2004**

J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004.

**Curry-Sumner e.a. 2010**

I. Curry-Sumner e.a., *Onderzoeksvaardigheden: instructie voor juristen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010.

**Van Dam 2009**

C.C. van Dam, 'De gemiddelde Euroconsument — een pluriform fenomeen/Over de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de rechtspraak van het Hof van Justitie', *SEW* 2009/2, afl. 1, p. 3-11.

**Van Dam, Van Boom & Tuil 2012**

M.R. van Dam, W.H. van Boom & M.L. Tuil, 'Tekstbegrip en klantbelang bij financiële producten', in: E.M. Dieben & F.M.A. 't Hart, *Klantbelang Centraal*, Amsterdam: NIBE-SVV 2012.



**Dekker & Van Boom 2013**

E. Dekker & W.H van Boom, 'Arbiters en aansprakelijkheid-drie aandachtspunten bij herziening arbitragerecht', *NJ* 2013, p. 1702-1707.

**Van Delden 1996**

R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage*, Deventer: Kluwer 1996.

**Dierick 2014**

A. Dierick & S. Verbeke, 'Geschillenbeslechting in consumententransacties: clicks not bricks', *TvC* 2014, afl. 1, p. 14-20.

**Dijk & Van der Ploeg 2013**

P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013.

**Doorman 2011**

A. Doorman, 'Van Magna carta naar credit default swap — gebondenheid aan arbitrageovereenkomsten in de 21e eeuw', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 110), Deventer: Kluwer 2011.

**Ernes 2011**

A.L.H. Ernes, *Und die Moral von der Geschicht* (oratie Heerlen), 2011.

**Ernes & Lamers 2012a**

A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012, afl. 1, p. 26-33.

**Ernes & Lamers 2012b**

A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'Groepscontracten als antwoord op de economische verdichting van de samenleving', *WPNR* 2012, afl. 6934, p. 451-458.

**Ernste 2012**

P.E. Ernste, *Bindend advies*, Deventer: Kluwer 2012.

**Ernste 2013**

P.E. Ernste, 'De Nederlandse geschillencommissies voor consumentenzaken langs de meetlat van de Richtlijn ADR consumenten en de Verordening ODR consumenten', *NtER* 2013, afl. 8, p. 286-295.

**Ernste 2015**

P.E. Ernste, 'Niet-bindend advies bij de Geschillencommissie van Kifid', *TvC* 2015, afl. 1, p. 9-15.

**Freudenthal 2007**

M. Freudenthal, 'Openbare orde of algemene processuele beginselen?', *TCR* 2007, afl. 3, p. 71-77.

**Gascón Inchausti 2014**

F. Gascón Inchausti, 'Specific problems of cross-border Consumer ADR: what solutions?', GPR 4/2014.

**Giesen e.a. 2012**

I. Giesen e.a., 'De wrakingsprocedure, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden tot herziening van de Nederlandse wrakingsprocedure', *Rvdr Research Memoranda* 2012, afl. 5.

**Greveling & Zalm 2010**

I. Greveling & I. Zalm, 'Handhaving Consumentenrecht', *NTBR* 2010/33, afl. 7.

**De Groot 2008**

G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

**Grundmann-van de Krol 2003**

C.M. Grundmann-van de Krol, 'SER-advies bemiddeling in financiële diensten en consultatiewetsvoorstel Wet financiële dienstverlening', *Ondernemingsrecht* 2003, afl. 4, p. 133-137.

**Hammerstein 2014**

A. Hammerstein, 'Geschilbeslechting in verzekeringszaken', in: C.J.M. Klaassen e.a., *Verzekering en ADR*, Deventer: Kluwer 2014.

**Hellegers 2009**

D.P.C.M. Hellegers, 'De geschillenbeslechting bij het KiFiD nader beschouwd', *NTHR* 2009 afl. 1, p.1-10.

**Hellegers 2010**

D.P.C.M. Hellegers, 'De geschillenbeslechting bij het Kifid nader beschouwd', in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Consument en verzekering*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010.

**Hellegers 2012**

D.P.C.M. Hellegers, 'Het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 en het Kifid', *NTHR* 2012, afl. 4, p. 181-187.

**Hellegers 2013**

D.P.C.M. Hellegers, 'Leg bindende adviezen Kifid bij rechtbank Amsterdam', *Het Financieele Dagblad* 4 september 2013.

**Hellegers 2013**

D.P.C.M. Hellegers, 'Regels zijn bij Kifid niet zomaar te veranderen', *Het Financieele Dagblad* 19 april 2013.

**Hellegers 2014**

D.P.C.M. Hellegers, 'Enkele knelpunten bij het procederen bij de commissie van beroep van het Kifid nader belicht', in: N. van Tiggele-van der Velde C.J.M. Klaassen, P.E. Ernste & A.Ch.H. Franken, *Verzekering en ADR*, Deventer: Kluwer 2014.

**Hendrikse & Rinkes 2006**

M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Naar een Klachteninstituut Financiële Dienstverlening* (Preadvises voor de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening 2006), Zutphen: Uitgeverij Paris 2006.

**Hendrikse & Rinkes 2007**

M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *The New Netherlands Financial Services Complaints Tribunal (KiFiD): Complaints Settlement in the Financial Services Market in the Netherlands*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.

**Hendrikse, Rinkes & Pluymen 2015**

M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes & M.H. Pluymen, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**Von Hombracht-Brinkman 1994**

F.D. von Hombracht-Brinkman, 'Taken en verantwoordelijkheden van arbitrage-instituten bezien in het licht van de driehoeksverhouding partijen – instituut – arbiters', *TvA* 1994, afl. 1, p. 1-21.

**Hondius 2012**

E.H. Hondius, 'Geschillenbeslechting voor consumenten wordt Europees', *NtER* 2012, afl. 3, p. 113-117.

**Hondius 2014**

E.H. Hondius, 'De ADR-richtlijn, het indemniteitsbeginsel en dwingend recht', in: C.J.M. Klaassen e.a., *Verzekering en ADR*, Deventer: Kluwer 2014.

**Van Houtte 2000**

H. van Houtte, *De internationalisatie van de openbare orde* (Liber amicorum Walter van Gerven), Deurne: Kluwer 2000.

**Jacobs 1998**

W.A. Jacobs, *ADR en consument*, Deventer: Kluwer 1998.

**Jongbloed 2014**

A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes, *Burgerlijk Procesrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2014.

**Kamphuisen 2008**

J.G.C. Kamphuisen, 'Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten', *AV&S* 2008 (online via Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 1 april 2008).

**Klaassen e.a. 2014**

C.J.M. Klaassen e.a., *Verzekering en ADR*, Deventer: Kluwer 2014.

**Knigge 2012**

M.W. Knigge, *De procesovereenkomst: over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Deventer: Kluwer 2012.

**Kramer 2004**

X.E. Kramer, *Europees procesrecht en fundamentele procedurele vereisten: de rol van artikel 6 EVRM ter invulling van de openbare orde toets onder het EEX*, NIPR 2004.

**Kuypers 2008**

P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

**Lamers 2011**

A.H. Lamers, *Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie*, Deventer: Kluwer 2011.

**Lawson 1996**

R.A. Lawson, 'Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid', *TvA* 1996, afl. 4, p. 157-166.

**Lindenbergh 2013**

S.D. Lindenbergh, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2013.

**Lindijer 2006**

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

**Loos 2006**

M.B.M. Loos, 'Verboden exonerationen in energieleveringsovereenkomsten en vernietiging van met de wet strijdige bindende adviezen', *TvC* 2006, afl. 1, p. 3-6.

**Loos 2013**

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Luttik 1994**

A.G. Luttik, 'Bindende partijbeslissing en bindend advies in titel 7.15', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp, & W.H.M. Reehuis (eds.), *CJHB* (Brunner Bundel), Deventer: Kluwer 1994.

**Mastroianni 2011**

R. Mastroianni, 'Public Service Media and Market Integration: A Differential Application of Free Movement and State Aid Rules?', in: M. Cremona, *Market integration and public services in the European Union*, Oxford/New York: Oxford University Press 2011.

**Meijer 2011**

G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage: bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv*, Deventer: Kluwer 2011.

**Meijer & Van Mierlo 2014**

G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, 'Aantasting van arbitrale vonnissen', *WPNR* 2014, afl. 7013, p. 60-71.

**Van Mierlo, Van Nispen & Polak 2012**

A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak, *Burgerlijke rechtsvordering: de tekst van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2012.

**Van Muijden 2007**

M.S. van Muijden, *Mediation en de vaststellingsovereenkomst: aantasting en afdwingbaarheid naar Nederlands en Amerikaans recht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

**Neervoort 2014**

W.G.B. Neervoort, *Mediation in de verzekeringsbranche*, Landsmeer: NVMV 2014.

**Ooik & Wessel 2009**

R.H. Ooik & R.A. Wessel, *Europa in beeld na Lissabon*, Deventer: Kluwer 2009.

**Pavillon 2014**

C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, afl. 4, p. 163-172.

**Du Perron 1999**

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), 1999.

**Polak 2010**

S.W. Polak, 'Aansprakelijkheidsverzekeringen en de bevoegdheid van het Kifid', *PIV Bulletin* 2010, april 2010, p. 10-12.

**Rapport LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing II 2014**

'Ambtshalve toetsing II, Herzien rapport van de LOVCK werkgroep ambtshalve toetsing', Raad voor de rechtspraak november 2014 (online: [Rechtspraak.nl](http://Rechtspraak.nl)).

**Rensen 2005**

G.J.C. Rensen, *Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2005.

**Van Rossum 2001**

A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2001.

**Van Rossum, Tigchelaar & Ippel 2012**

W. van Rossum, J. Tigchelaar & P. Ippel, 'Wraking bottom-up. Een empirisch onderzoek', *Rvdr Research Memoranda* 2012, afl. 6.

**Rutten-van Deurzen 2010**

W.M.C.J. Rutten-van Deurzen, *Kwaliteit van rechtspleging. Kwaliteitsbevordering en de rol van de Raad voor de rechtspraak*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

**Sanders 2001**

P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht: nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001.

**Santing-Wubs 2009**

A.H. Santing-Wubs, 'Aspecten van de vaststellingsovereenkomst', *MvV* 2009, afl. 5, p. 123-127.

**Santing-Wubs 2012**

A.H. Santing-Wubs, 'Twee Europese voorstellen voor de alternatieve beslechting van consumentengeschillen: een ADR-richtlijn en een ODR-verordening', *TCR* 2012, afl. 4, p. 109-117.

**Schaub 2013**

M.Y. Schaub, 'Twee regelingen voor elektronische algemene voorwaarden in het BW', *NTBR* 2013, afl. 4, p. 140-147.

**Scheltema 2011**

M.W. Scheltema, 'Opdracht en geschil, past dat bij elkaar?', *TvA* 2011, afl. 2, p. 51-61.

**Schijns & Van Dijk 2014**

A.J.J.G. Schijns & Chr.H. van Dijk, 'Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekering schriftelijke geschillen?', in: C.J.M. Klaassen e.a., *Verzekering en ADR*, Deventer: Kluwer 2014.

**Van Schilfgaarde 2013**

P. van Schilfgaarde, J. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.

**Schlössels 2004**

R.J.N. Schlössels e.a., *In beginsel: over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

**Smits 2008**

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

**Snijders 1995**

H.J. Snijders, *Bouwarbitrage en civiele rechter*, Deventer: Kluwer 1995.

**Snijders 2007**

H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht: een artikelsgewijze commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2007.

**Stein 2009**

P.A. Stein, bewerkt door A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

**Toelichting Meijers, Vierde gedeelte (Boek 7)**

G.J. Meijers, Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers ingevolge opdracht van de minister van Justitie opgesteld onder leiding van Mr. F.J. de Jong. Tekst vierde gedeelte (boek 7) en toelichting vierde gedeelte (boek 7). 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972.

**Van Tiggele-van der Velde 2010**

N. van Tiggele-van der Velde, 'KiFiD: ook voor aansprakelijkheid?', *AV&S* 2010 (online via Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 1 april 2010).

**Van Tiggele-van der Velde 2014**

N. van Tiggele-van der Velde, 'Het nieuwe Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Wat strakker van insteek en met een andere rol voor de ombudsman.', *AV&S* 2014 (online via Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 18 november 2014).

**Verhage 2015**

E.N. Verhage, 'Een nieuw Nederlands kader voor ADR en ODR in consumenten-geschillen', *TvC* 2015, afl. 3, p. 70-76.

**Vossestein 2007**

G.-J. Vossestein, 'De invloed van de EG op het vennootschapsrecht. Concurrentie tussen lidstaten: het Nederlandse beleid', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht, Deel 42-II), Deventer: Kluwer 2007.

**Vranken 2009**

J.B.M. Vranken, 'Als een arrest niet bevalt, laten wij het gewoon weg', in: A.G. Castermans, e.a., *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009.

**De Waard 1987**

B.W.N. de Waard, *Beginselen van een behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

**Wabeke 2007**

J.W. Wabeke, 'Ontwikkelingen aangaande de alternatieve geschillenbeslechting in de financiële markt: naar een Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD)', *NTHR* 2007, afl. 1, p. 19-23.

**Wenders 2010**

D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer 2010.

**Wery & Mendel 2010**

P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Wesseling-van Gent 1985**

E.M. Wesseling-van Gent, 'Minimum vereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 1985, afl. 5742, p. 393-399.

**Wesseling-van Gent 2008**

E.M. Wesseling-van Gent, 'Zelfregulering in verzekeringszaken en de eisen van behoorlijke rechtspleging', *AV&S* 2008 (online via Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 1 december 2008).

**Van Zeben, Reehuis & Slob 1993**

C.J. van Zeben, W.H. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek: Voortgang*, Deventer: Kluwer 1993.

**Van Zelst 2014**

B. van Zelst, 'Contracteren met arbiters. Aandachtspunten bij de rechtsrelatie tussen arbiters en procespartijen', *Contracteren* 2014, afl. 4, p. 96-103.



# Rechtspraakregister

## Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 19 december 1989, C-322/88 (*Grimaldi*) / 4.1, 4.7.3, 4.7.4  
HvJ EG 7 december 1993, C-109/02 (*Wirth*) / 4.7.2  
HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98 (*Krombach/Bamberski*) / 4.7.4  
HvJ EG 11 april 2000, gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97 (*Deliège*) / 4.7.2  
HvJ EG 12 juli 2001, C-157/99 (*Smits Peerbooms*) / 4.7.2  
HvJ EG 20 januari 2005, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, NJ 2006/278 (*Gruber/Bay Wa*) / 5.4  
HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, RvdW 2009/1070 (*Pannon*) / 4.7.5  
HvJ EU 17 december 2009, C-227/08 (*Martin Martin/EDP Editores*) / 4.7.5  
HvJ EU 7 december 2010, gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 (*Pammer en Alpenhof*) / 4.5.2  
HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, NJ 2012/404, m.nt. M.R. Mok (NFH/Invitel) / 4.7.2  
HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, NJ 2012/512 (*Banesto/Camino*) / 4.7.5  
HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11 (*Content Services*) / 4.5.3  
HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, NJ 2013/375 (RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.) / 4.7.2  
HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove/CNP Assurances SA*) / 4.7.2

## Europees Hof voor de Rechten van de Mens/European Court of Human Rights

ECRM 12 december 1983, 8588/79 en 8589/79, DR 3 (*Bramelid en Malström*) / 4.1  
ECRM 28 juni 1984, 7819/77 en 7878/77 (*Campbell & Fell/Verenigd Koninkrijk*) / 5.15

EHRM 25 februari 1992, NJ 1994/117 / 4.7.2  
EHRM 26 november 1996, NJ 1997/505 (*Nordström/Nederland*) / 3.2  
EHRM 27 juli 2006, European Human Right Casus 2006, 113 / 4.7.4

## Hoge Raad der Nederlanden

HR 29 januari 1931, NJ 1931, p. 1317 (*Huize Lydia*) / 4.7.4  
HR 27 december 1935, NJ 1936/442, m.nt. EMM (*Verhoeven/Veugelers*) / 4.7.4  
HR 17 december 1943, NJ 1944/139 / 4.7.4  
HR 26 juni 1981, NJ 1982/1 (*Van den Broeck/Van Willigen Vuren*) / 3.2  
HR 24 april 1987, NJ 1988/133 / 5.2  
HR 5 april 1991, NJ 1992/244 / 4.7.4  
HR 28 juni 1991, NJ 1992/420 / 4.7.5  
HR 14 februari 1992, NJ 1992/245  
HR 6 november 1992, NJ 1993/191 / 4.7.2  
HR 18 juni 1993, NJ 1993/615 / 4.7.4  
HR 18 februari 1994, NJ 1994/765 (*Nordström/Nievelt Goudriaan & Co*) / 3.2, 4.1

HR 21 april 1995, NJ 1997/570 (*Schmitz/Caspers*) / 4.7.4  
HR 17 november 1995, NJ 1996/143 (*Buijs/Koene*) / 5.6  
HR 31 mei 1996, NJ 1996/693 / 4.5.3, 4.7.2  
HR 12 september 1997, NJ 1998/382 (*Confood/Zurich*) / 4.7.4  
HR 19 september 1997, NJ 1998/6 / 4.7.2  
HR 29 mei 1998, NJ 1999/98 (*Mooijman/Netjes*) / 4.7.6  
HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, NJ 2000/652 / 4.7.4  
HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555, NJ 2002/364 / 4.7.4  
HR 9 november 2001, NJ 2001/692 / 4.5.3, 4.7.2  
HR 21 februari 2003, NJ 2004/567 / 4.7.2  
HR 19 december 2003, NJ 2004/559 / 4.7.2  
HR 13 februari 2004, JOR 2004/109 (*Veltman/ING*) / 4.7.4  
HR 20 mei 2005, NJ 2007/114 (*Amsterdam/Honnebier*) / 4.2, 4.7.1, 4.7.4  
HR 24 maart 2006, NJ 2007/115 (*Meurs/NWM*) / 4.7.4  
HR 21 september 2007, NJ 2009, 50 (*Kwekerij De Engel/Enthoven Elektra*) / 4.7.2  
HR 30 oktober 2009, JBPR 2010/16 (*Feadship Holland/Van Wieringen*) / 4.1, 4.7.4  
HR 4 december 2009, NJ 2011/131 (*Greenworld*) / 4.7.6  
HR 29 januari 2010, NJ 2011/270 (*Van Wassenaar van Catwijck/Knowsley*) / 4.7.5  
HR 11 februari 2011, NJ 2011/571 / 4.7.2  
HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 / 4.7.2  
HR 13 januari 2012, JOR 2012/42 / 4.6  
HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (*Wierds/Dakdekkersbedrijf*) / 4.7.6  
HR 1 juni 2012, NJ 2013/172 (*Esmilo/Mediq*) / 4.7.4  
HR 15 juni 2012, JOR 2012/314 (*PricewaterhouseCoopers*) / 4.7.3, 4.7.4, 4.7.5, 5.6  
HR 13 september 2013, NJ 2014/274 / 4.7.5

### **Gerechtshoven**

Hof Amsterdam 8 november 1996, JOR 1996/134 (*Feyenoord/KNVB*) / 4.6  
Hof Amsterdam 6 december 2007, JAR 2008/125 / 4.7.4  
Hof Den Haag 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU1885 / 4.7.2  
Hof Den Haag 22 mei 2012, TvA 2013/22, JBPR 2012/15 / 4.5.3, 4.7.2  
Hof Arnhem 10 juli 2012, JOR 2012/318 / 4.7.5  
Hof Den Haag 25 maart 2014, NJF 2014/361 / 4.7.4

### **Rechtbanken**

Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO1532 / 5.7  
Rb. Zutphen 3 oktober 2011, JBPR 2012/15 / 4.5.3, 4.7.2  
Rb. Oost-Brabant 14 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2886 / 4.7.2  
Rb. Amsterdam 31 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9091 / 4.7.4

### **Kifid**

#### **Geschillencommissie**

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 23 d.d. 9 februari 2010 / 4.7.4  
Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2010-42 d.d. 9 maart 2010 / 5.2  
Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 118 d.d. 5 mei 2011 / 4.7.5

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 232 d.d. 26 september 2011 / 5.2

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 293 d.d. 25 oktober 2011 / 4.7.5

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-110 d.d. 4 april 2012 / 4.7.5

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-206 d.d. 16 juli 2012 / 5.2

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-220 d.d. 30 juli 2012 / 5.6

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-07 d.d. 9 januari 2013 / 4.7.2

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-87 d.d. 21 februari 2013 / 5.6

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-182 d.d. 10 juni 2013 / 5.6

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-188 d.d. 18 juni 2013 / 4.7.5

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-230 d.d. 16 juli 2013 / 4.7.5

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-30 d.d. 17 januari 2014 / 4.7.5

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-163 d.d. 15 april 2014 / 5.6

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-293 d.d. 1 augustus 2014 / 4.7.4

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-294 d.d. 1 augustus 2014 / 4.7.4

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-064 d.d. 5 maart 2015 / 4.7.5

### **Commissie van Beroep**

Uitspraak Commissie van Beroep 2012-07 d.d. 20 februari 2012 / 5.2

Uitspraak Commissie van Beroep 2013-08 d.d. 22 februari 2013 / 5.2



# Artikelenregister

## Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW)

|     |                        |
|-----|------------------------|
| 8   | 3.3, 4.7.2, 4.7.5, 4.8 |
| 14  | 4.7.5                  |
| 15  | 4.7.5                  |
| 46  | 4.6                    |
| 59  | 4.7.2                  |
| 286 | 3.1                    |
| 289 | 3.2                    |

## Boek 3 Burgerlijk Wetboek (BW)

|     |              |
|-----|--------------|
| 15d | 4.5.3        |
| 40  | 4.7.4, 4.7.5 |
| 50  | 4.7.5        |
| 316 | 5.6          |

## Boek 6 Burgerlijk Wetboek (BW)

|      |                   |
|------|-------------------|
| 2    | 4.7.5             |
| 76   | 4.7.1, 4.7.5      |
| 96   | 5.7, 5.17         |
| 227b | 4.7.2             |
| 227c | 4.7.2             |
| 230a | 4.7.2, 4.7.3, 4.8 |
| 230b | 4.7.2, 4.7.3, 4.8 |
| 230c | 4.7.2, 4.7.3      |
| 231  | 4.7.2, 4.7.3, 4.8 |
| 232  | 4.7.2             |
| 233  | 4.7.2, 4.7.3      |
| 234  | 4.7.2             |
| 235  | 4.7.2             |
| 236  | 4.7.3             |
| 237  | 4.7.3             |
| 248  | 4.7.4, 4.7.5      |

## Boek 7 Burgerlijk Wetboek (BW)

|     |                     |
|-----|---------------------|
| 400 | 4.7.1, 4.7.2, 4.7.3 |
| 401 | 4.7.5               |
| 403 | 4.7.1, 4.7.5        |
| 404 | 4.7.1               |
| 407 | 4.7.1               |
| 900 | 4.7.4               |
| 901 | 4.7.5               |

|     |                          |
|-----|--------------------------|
| 902 | 4.7.4, 4.7.6, 4.8, 5.9   |
| 904 | 4.7.4, 4.7.5, 4.7.6, 4.8 |

**Grondwet (Gw)**

|     |                  |
|-----|------------------|
| 17  | 4.5.3, 4.6, 5.10 |
| 112 | 3.5, 4.6         |
| 116 | 3.5              |

**Handvest van de grondrechten van de Europese Unie**

|    |       |
|----|-------|
| 38 | 4.7.4 |
|----|-------|

**Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten**

|    |                                   |
|----|-----------------------------------|
| 1  | 4.5.1, 4.5.2, 4.5.3, 5.2          |
| 2  | 4.5.1, 5.2                        |
| 3  | 4.5.2, 4.5.3, 5.2                 |
| 4  | 4.5.3, 5.14                       |
| 5  | 4.5.3, 5.7, 5.16                  |
| 6  | 4.5.3, 4.8                        |
| 7  | 4.5.3, 5.6, 5.7, 5.11, 5.14, 5.17 |
| 8  | 4.5.3, 5.6, 5.7, 5.13, 5.17       |
| 9  | 4.7.4, 4.5.3, 5.10                |
| 10 | 4.5.3, 4.7.4                      |
| 16 | 4.5.2, 4.7.2, 4.8                 |
| 17 | 4.1, 4.5.2, 4.5.3                 |
| 18 | 4.5.2, 4.5.3, 4.6                 |
| 19 | 4.5.3                             |

**Wet financieel toezicht (Wft)**

|      |                                    |
|------|------------------------------------|
| 2:96 | 4.7.2                              |
| 4:17 | 4.1, 4.5.2, 4.6, 4.7.2, 5.10, 5.15 |

**Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo)**

|     |                                                      |
|-----|------------------------------------------------------|
| 44a | 4.5.2                                                |
| 45  | 4.1, 4.6, 5.15                                       |
| 46  | 4.1, 4.6, 5.15                                       |
| 47  | 4.6, 4.8, 5.15, 5.16                                 |
| 48  | 4.6, 5.2, 5.5, 5.6, 5.8, 5.9, 5.10, 5.11, 5.12, 5.13 |
| 48a | 4.6                                                  |
| 48d | 4.1, 4.6                                             |
| 48e | 4.6                                                  |
| 48f | 4.6, 5.15                                            |

**EVRM**

|   |                               |
|---|-------------------------------|
| 6 | 1.3, 4.2, 4.5.3, 4.7.2, 4.7.4 |
|---|-------------------------------|

**EG-Verdrag**

|     |       |
|-----|-------|
| 48  | 4.7.2 |
| 50  | 4.7.2 |
| 249 | 4.7.4 |

**Richtlijn 93/13/EEG**

|   |       |
|---|-------|
| 2 | 5.4   |
| 3 | 4.7.2 |

**Richtlijn 2002/65/EG**

|    |          |
|----|----------|
| 14 | 2.1, 2.8 |
|----|----------|

**Richtlijn 2002/92/EG**

|    |          |
|----|----------|
| 11 | 2.1, 2.8 |
| 16 | 2.1      |

**Richtlijn 2004/39/EG (MiFID)**

|    |          |
|----|----------|
| 53 | 2.1, 2.8 |
| 70 | 2.1      |

**Richtlijn 2006/123/EG**

|   |       |
|---|-------|
| 2 | 4.7.2 |
| 4 | 4.7.2 |

**Richtlijn 2013/11/EU (Richtlijn ADR consumenten)**

|    |                        |
|----|------------------------|
| 2  | 4.4, 4.5.2             |
| 4  | 4.4, 4.5.2             |
| 5  | 4.4, 4.5.2, 4.5.3, 5.2 |
| 6  | 4.5.3                  |
| 8  | 4.4, 4.5.3             |
| 11 | 4.7.4                  |
| 19 | 4.4, 4.5.2, 4.5.3      |
| 20 | 4.4, 4.5.2             |
| 27 | 4.4                    |

**Richtlijn 2014/65 (MiFID II)**

|    |     |
|----|-----|
| 75 | 2.8 |
|----|-----|

**Verdrag betreffende de Europese Unie**

|   |     |
|---|-----|
| 4 | 4.1 |
|---|-----|

**Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)**

|     |       |
|-----|-------|
| 54  | 4.7.2 |
| 288 | 4.7.4 |

**Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Executieverdrag)**

|    |     |
|----|-----|
| 13 | 5.4 |
|----|-----|

**Verordening ODR consumenten**

|    |     |
|----|-----|
| 2  | 4.4 |
| 4  | 4.4 |
| 5  | 4.4 |
| 6  | 4.4 |
| 7  | 4.4 |
| 8  | 4.4 |
| 9  | 4.4 |
| 10 | 4.4 |
| 11 | 4.4 |
| 14 | 4.4 |
| 16 | 4.4 |
| 17 | 4.4 |
| 22 | 4.4 |



Bijlagen

**Delphi-onderzoek**



## Bijlage I

### Tekst van het aan de geselecteerde deskundigen verstuurde verzoek tot deelname aan het onderzoek

“L.s.,

In het kader van mijn promotieonderzoek vraag ik uw medewerking voor het volgende: Arbitrage en bindend advies komen in Nederland zowel in georganiseerde vorm — institutioneel — als in ongeorganiseerde vorm — dat wil zeggen op ad hoc basis — voor. Bij institutionele colleges kan men bijvoorbeeld denken aan het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI), de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA), het Klachteninstituut Financiële dienstverlening (Kifid) en De Geschillencommissie (SGC).

In de doctrine lijkt de gedachte te overheersen dat er bij de aanvaarding van de opdracht door scheidslieden steeds rechtstreeks een overeenkomst van opdracht tot stand komt tussen de procespartijen enerzijds en de scheidsrechter(s) anderzijds, waarbij weinig tot geen aandacht wordt besteed aan bovengenoemd onderscheid. Zie in dit verband onder meer H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076, Deventer: Kluwer 2007, art. 1029, aant. 1; P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 66; Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1029 Rv, aant. 1; Meijer, 2010 (T&C Rv), art. 1029, aant. 1a; Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV\* 2009, nr. 49.

Van Delden (R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage*, 's-Gravenhage: Kluwer 1996, nr. 61) is een van de weinigen die twijfels uit bij bovengenoemd standpunt. Hij schrijft: “het is echter niet uitgesloten, dat de constructie anders is, namelijk een overeenkomst tussen partijen en een arbitrage organisatie enerzijds en tussen de arbitrage organisatie en de arbiter anderzijds. In beide gevallen is dan sprake van overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten (opdracht) of de buitenlandse equivalenten.”

Van Delden snijdt daarmee een interessant onderwerp aan, maar laat de door hem zelf opgeworpen vraag verder onbeantwoord. Snijders geeft blijk zich ervan bewust te zijn dat de onderlinge rechtsverhouding tussen partijen, arbitrage-instituten en arbiters bij institutionele arbitrages om bijzondere aandacht vraagt, maar hij laat de door Van Delden opgeworpen vraag rusten (Snijders 2007, art. 1029, aant. 1). Von Hombracht-Brinkman (F.D. von Hombracht-Brinkman, *Taken en verantwoordelijkheden van arbitrage-instituten bezien in het licht van de driehoeksverhouding partijen — instituut — arbiters*, TvA 94-1, p. 8) en Scheltema (M.W. Scheltema, *Opdracht en geschil*, past dat bij elkaar, TvA 2011-15) besteden wel nadere aandacht aan het onderwerp en onderschrijven vervolgens het standpunt dat er een overeenkomst tot stand komt tussen partijen en ieder der arbiters. Mijns inziens onderbouwen ook zij hun standpunt echter maar in beperkte mate, terwijl degenen die iemand tot partij bij een overeenkomst willen bestempelen, toch eigenlijk zouden moeten “verklaren waarom de betrokkene in het licht van het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel — kortweg: van het toestemmingsvereiste — aan die overeenkomst is gebonden. Men kan dus niet door iemand ‘partij’ te noemen aan de relativiteit van de contracten werking ontkomen”, aldus Du Perron (C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA 1999), Deventer: Kluwer 1999, p. 70).

Daarom vraag ik om uw medewerking bij een (klein) onderzoek, waarbij naar een gemotiveerd antwoord worden gezocht op de vraag of de stelling dat er bij arbitrage en (onzuiver) bindend

advies rechtstreeks een overeenkomst van opdracht tot stand komt tussen de procespartijen enerzijds en de scheidsrechter(s) anderzijds in beginsel ook opgaat bij arbitrage en bindend advies in georganiseerde vorm. Teneinde dit antwoord te verkrijgen, zal de Delphi-methode worden gehanteerd: Aan een aantal (ervarings-)deskundigen, waar u er een van bent, zal worden gevraagd een (normatieve) kwalificatie toe te kennen aan de rechtsverhouding tussen enerzijds de procespartijen en anderzijds de scheidslieden (van rechtsprekende organen) van een aantal instituten, te weten het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI), de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA), E-court, het Klachteninstituut Financiële dienstverlening (Kifid), de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) en De Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC). Daarbij heeft als aanname te gelden dat de standaard voorwaarden en reglementen van die instituten gelden.

U bent geselecteerd voor dit onderzoek, omdat u bovengemiddelde kennis hebt van dan wel ervaring hebt met de gang van zaken bij ten minste één (rechtsprekend orgaan) van de bovengenoemde instituten. Aangezien het zeer goed denkbaar is dat u niet goed op de hoogte bent van de gang van zaken bij al deze instituten en haarorganen (de SGC alleen al kent bijvoorbeeld meer dan 50 geschillencommissies met ieder een eigen reglement), zal aan u worden gevraagd uw oordeel slechts te beperken tot (de rechtsprekende organen van) die instituten waaromtrent u gemotiveerde uitspraken kunt doen. Uiteraard zal – mede gezien het bovenstaande – ook worden gevraagd naar de nadere motivering van uw standpunt.

Uw antwoorden (en argumenten) zullen vervolgens – geanonimiseerd – worden voorgehouden aan de andere voor dit onderzoek geselecteerde experts en zo zal – zo nodig in een aantal rondes, waarbij u uw standpunt desgewenst kunt aanpassen - worden geprobeerd om op basis van de uitwisseling van de geanonimiseerde standpunten tot consensus te komen.

De bedoeling is dat u argumenten geeft voor uw eigen standpunt en – bij gebrek aan consensus – onderbouwd commentaar geeft op afwijkende standpunten van de ander.

Ga voor het onderzoek naar de volgende website: <http://websort.net/s/CFC727/>

Bij voorbaat dank voor uw medewerking,

Donald Hellegers  
 Universitair docent Privaatrecht  
 Open Universiteit Nederland  
 Tel. 045-5762692”

## Bijlage II

### Benaderde '(ervarings)deskundigen' Delphi-onderzoek Kifid

Th.A. Ariens  
W.D.H. Asser  
L.C.M. Berger  
I. Brand  
V. van den Brink  
M.A.B. Chao-Duivis  
R.J.M. Cremers  
A.S. Gratama  
G. de Groot  
A.S. Hartkamp  
M.L. Hendrikse  
E.H. Hondius  
C.E.C. Jansen  
A.W. Jongbloed  
C.A. Joustra  
L.R. Kiers  
P.P. Lampe  
J.M. Luycks  
F.J.M. de Ly  
N.H. Margetson  
F.G.J.B. Merks  
G.J. Meijer  
A.I.M. van Mierlo  
B. Morrema  
H.W.R. Nakad-Weststrate  
J. Nijgh  
R.J. Paris  
C.E. du Perron  
M.W. Scheltema  
F.C. Schirmeister  
H.J. Snijders



Bijlage III

**Opdracht bij ADR test**







Opdracht bij ADR test

This OptimalSort card sort study was launched on 20 November 2012 and closed on 4 June 2015.  
The latest response was received on 20 November 2012.  
10 people participated and sorted all 6 cards.

Participants  
10 completed + 0 abandoned



This [box plot](http://en.wikipedia.org/wiki/Box_plot) illustrates the time taken (in minutes) for participants to complete your survey. Outliers greater than four standard deviations from the mean have been removed for the purposes of these calculations.

|                        |       |
|------------------------|-------|
| Lowest observed time:  | 2.00  |
| Lower Quartile:        | 4.00  |
| Median:                | 7.00  |
| Upper Quartile:        | 15.00 |
| Highest observed time: | 24.00 |



Opdracht bij ADR test

Your Participants

This table lists all of the participants that started your survey. Incomplete responses are marked as 'Abandoned' (Abandoned responses aren't included in your results analysis by default). Use this table to segment your data, filter responses and reload your results.

|  | PARTICIPANT | IDENTIFIER  | TIME TAKEN | QUESTIONS | CARDS SORTED | COMMENTS | INCLUDE |
|--|-------------|-------------|------------|-----------|--------------|----------|---------|
|  | 1           | anon-D551C6 | 00:16:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 2           | anon-B5931E | 00:04:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 3           | anon-DB9FD5 | 00:24:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 4           | anon-E58606 | 00:06:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 5           | anon-2E815A | 00:06:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 6           | anon-EB218E | 00:08:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 7           | anon-7A0853 | 00:03:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 8           | anon-19D3BE | 00:14:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 9           | anon-CD5F6A | 00:02:00   |           | 100%         |          |         |
|  | 10          | anon-7FB79E | 00:15:00   |           | 100%         |          |         |

Showing 1 to 10 of 10 participants



## Opdracht bij ADR test

### Your Cards

This table shows which categories each card was sorted into by your participants.

| CARD NAME | UNIQUE CATEGORIZATIONS | CATEGORIES                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-----------|------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| E-court   | 3                      | Weet niet/geen gemotiveerde mening (7)<br>Wel overeenkomst van opdracht tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds<br>Geen overeenkomst tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds                                                                                                                    |
| Kifid     | 2                      | Geen overeenkomst tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds (5)<br>Weet niet/geen gemotiveerde mening (4)                                                                                                                                                                                                             |
| NAI       | 4                      | Wel overeenkomst van opdracht tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds (3)<br>Weet niet/geen gemotiveerde mening (3)<br>Geen overeenkomst tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds (2)<br><a href="#">Show 1 more</a>                                                                             |
| RvA       | 4                      | Weet niet/geen gemotiveerde mening (6)<br>Wel overeenkomst van opdracht tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds<br>Wel overeenkomst tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds, maar die overeenkomst laat zich niet kwalificeren als een overeenkomst van opdracht<br><a href="#">Show 1 more</a> |
| SGC       | 2                      | Weet niet/geen gemotiveerde mening (5)<br>Geen overeenkomst tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds (4)                                                                                                                                                                                                             |
| SKGZ      | 2                      | Weet niet/geen gemotiveerde mening (8)<br>Geen overeenkomst tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds                                                                                                                                                                                                                 |

Showing 1 to 6 of 6 cards



## Opdracht bij ADR test

### Your Categories

This table shows which cards were sorted into each category by your participants.

| CATEGORY NAME                                                                                                                                                     | UNIQUE CARDS | CARDS                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Geen overeenkomst tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds                                                                                     | 6            | Kifid (5)<br>SGC (4)<br>NAI (2)<br>RvA<br>SKGZ<br>E-court<br><a href="#">Show less</a>             |
| Weet niet/geen gemotiveerde mening                                                                                                                                | 6            | SKGZ (8)<br>E-court (7)<br>RvA (6)<br>SGC (5)<br>Kifid (4)<br>NAI (3)<br><a href="#">Show less</a> |
| Wel overeenkomst tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds, maar die overeenkomst laat zich niet kwalificeren als een overeenkomst van opdracht | 2            | NAI<br>RvA                                                                                         |
| Wel overeenkomst van opdracht tussen procespartijen enerzijds en scheidslieden anderzijds                                                                         | 3            | NAI (3)<br>RvA<br>E-court                                                                          |

Showing 1 to 4 of 4 categories (filtered from 7 total categories)





# Opdracht bij ADR test

## The Results Matrix

This table shows the number of times that each card was sorted into the corresponding category.

|         | Wel overeen... | Wel overeen... | In de regel we... | Weet niet/gee... | In de regel ge... | Geen overeen... | unsorted |
|---------|----------------|----------------|-------------------|------------------|-------------------|-----------------|----------|
| NAI     | 3              | 1              |                   | 3                |                   | 2               |          |
| RvA     | 1              | 1              |                   | 6                |                   | 1               |          |
| Kifid   |                |                |                   | 4                |                   | 5               |          |
| SGC     |                |                |                   | 5                |                   | 4               |          |
| SKGZ    |                |                |                   | 8                |                   | 1               |          |
| E-court | 1              |                |                   | 7                |                   | 1               |          |

