

Auteur: Mr. D.P.C.M. Hellegers
Universitair docent privaatrecht
faculteit Rechtswetenschappen
Open Universiteit Nederland
Postbus 2960
6401 DL Heerlen
Tel: 045-5762692
Fax: 045-5762108
Email: donald.hellegers@ou.nl

De geschillenbeslechting bij het Kifid nader beschouwd

1. Inleiding

Financiële dienstverleners dienen zorg te dragen voor een adequate behandeling van klachten van cliënten, consumenten of deelnemers over financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming. Om die reden dienen financiële ondernemingen te beschikken over een interne klachtenprocedure, gericht op een spoedige en zorgvuldige behandeling van klachten en dienen zij aangesloten te zijn bij een door de Minister van Financiën erkende geschilleninstantie die geschillen behandelt met betrekking tot financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming, tenzij er geen zodanige geschilleninstantie is.¹

Om voornoemde reden is op 21 juni 2006 de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) opgericht. Doelstelling van deze stichting is onder meer het in stand houden van een door de Minister van Financiën erkend² 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.³ Daartoe heeft het bestuur van het Kifid een Ombudsman Financiële Dienstverlening aangesteld (het bemiddelingsorgaan), een Geschillencommissie Financiële Dienstverlening en een Commissie van Beroep in het leven geroepen (de bindend adviescolleges) en voor deze instanties een eigen reglement opgesteld.⁴

De Minister van Financiën heeft per besluit van 22 december 2006 het Kifid erkend als geschilleninstantie in de zin van artikel 4:17 Wet op het financieel toezicht (Wft).⁵ De Minister van Financiën erkent een geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17 Wft slechts indien de aanvrager van deze erkenning heeft aangetoond te kunnen voldoen aan de artikelen

¹ Aldus art. 4:17 lid 1 Wft.

² Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997, Staatscourant 1996, nr. 248, blz. 8

³ Aldus art. 2 Statuten Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. Deze statuten zijn te vinden op de website van het Kifid: <www.kifid.nl>.

⁴ Het Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening, het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening en het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Zie voor de reglementen <www.kifid.nl>.

⁵ Zie voor dit erkenningsbesluit: < http://www.kifid.nl/uploads/Erkenning_kifid_06-2902.pdf>.

44 tot en met 48 Bgfo, aldus artikel 43 lid 1 Bgfo.⁶ In zijn besluit tot erkenning van het Kifid heeft de Minister uitdrukkelijk overwogen dat de binnen de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening werkzame leden van de geschillencommissie voldoen aan de in artikel 44 van het Bgfo gestelde eisen en het Reglement van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening voldoet aan de in artikel 45 Bgfo gestelde eisen.

Op 1 april 2007 is het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna verder te noemen: het Kifid) officieel gestart met haar werkzaamheden.

De klachtenprocedure bij het Kifid omvatte bij aanvang drie mogelijke stappen⁷:

1. De consument dient eerst de financiële dienstverlener een kans te geven de klacht op te lossen. Lukt dit niet dan komt behandeling bij Kifid in zicht.
2. De Ombudsman Financiële Dienstverlening probeert de klacht door middel van bemiddeling op te lossen.
3. Indien na bemiddeling door de Ombudsman de klacht niet is opgelost, dan kan de klacht worden voorgelegd aan de Geschillencommissie Financiële dienstverlening (hierna ook te noemen: “de geschillencommissie”).

Met ingang van 1 juli 2008, is daar de mogelijkheid bijgekomen om in beroep te gaan bij de eerdergenoemde Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna ook te noemen: “de commissie van beroep”) tegen bindende adviezen van de geschillencommissie waarbij het belang van het geschil minstens 25.000 euro beloopt.

Voorts valt nog op te merken dat het Verbond van Verzekeraars per 1 januari 2008 een nieuwe tuchtraad heeft ingesteld. Deze onafhankelijke Tuchtraad - met de naam “Tuchtraad Financiële Dienstverlening” vervangt de Raad van Toezicht Verzekeringen en behandelt klachten van klanten over het gedrag van de verzekeraars. Het gaat hier om zelfregulering, die bindend is voor de leden van het Verbond van Verzekeraars.⁸ Oorspronkelijk zou de Tuchtraad op verzoek van het Verbond van Verzekeraars worden ondergebracht bij het Kifid maar uiteindelijk is besloten om dat niet te doen. Helemaal los van Kifid staat de Tuchtraad overigens niet. Zo verzorgt het Kifid de secretariële ondersteuning voor de Tuchtraad. De voorzitter van de geschillencommissie of van de commissie van beroep doet, indien hij van oordeel is dat tijdens de behandeling van het geschil is gebleken dat het handelen of nalaten van een de financiële dienstverlener strijdig zou kunnen zijn met tuchtrechtelijke bepalingen die voor deze de financiële dienstverlener gelden, daarvan melding aan de Tuchtraad.⁹ Voorts zal de voorzitter van de Tuchtraad een bij de Tuchtraad aanhangig gemaakte zaak ter verdere behandeling en beslissing naar de Geschillencommissie verwijzen, indien de zaak tot de bevoegdheid van de Geschillencommissie behoort.^{10 11}

In de reglementen van de bovengenoemde commissies en de Ombudsman zijn inmiddels om uiteenlopende redenen een aantal wijzingen doorgevoerd. De meest recente wijziging van de reglementen heeft per 1 november jongstleden plaatsgevonden. Voorts zijn ook de eerste

⁶ Dat erkenning niet vanzelfsprekend is, blijkt uit Rechtbank Rotterdam 28 november 2008, LJN: BG6353.

⁷ Zie Kifid-persbericht van 2 april 2007, <www.kifid.nl>

⁸ Aldus het Persbericht van het Verbond van Verzekeraars van 7 januari 2008, welk is terug te vinden op <<http://www.verzekeraars.nl>>.

⁹ Zie de artt. 24 lid 3 reglement geschillencommissie en 16 lid 3 reglement van beroep.

¹⁰ Art. 7 lid 2 Reglement Tuchtraad.

¹¹ Zie voor meer informatie over de Tuchtraad: ‘<http://www.verzekeraars.org>’ en meer in het bijzonder ‘http://www.verzekeraars.org/UserFiles/File/dossiers/Klachten%20en%20tuchtrecht/Verzekerd!_2009_08.pdf’.

uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening op de website gepubliceerd.¹²

Aangezien de erkenning van de Minister plaatsvond vóór de genoemde reglementswijzigingen, komt de vraag op of de huidige reglementen nog wel voldoen aan de in artikel 45 van het Bgfo gestelde eisen. Deze vraag is van belang omdat de Minister de erkenning kan intrekken, indien de betreffende geschilleninstantie niet meer voldoet aan een voorschrift, verbonden aan de erkenning.¹³ Bovendien kan de erkenning van een geschilleninstantie worden ingetrokken indien de geschilleninstantie haar eigen reglement niet naleeft.¹⁴

Derhalve zal in deze bijdrage een antwoord worden gezocht op de volgende vraag:

Voldoen de reglementen van de geschillencommissie en de commissie van beroep na de reglementswijzigingen van jongstleden november nog wel aan de in artikel 45 van het Bgfo gestelde eisen?

Een tweede daarmee samenhangende vraag die in deze bijdrage zal worden beantwoord, is de volgende:

Welke rechtsbescherming heeft een consument, die meent in zijn belangen te zijn aangetast doordat de geschillencommissie of de commissie van beroep bij de totstandkoming van zijn uitspraak niet heeft gehandeld in overeenstemming met de voor haar geldende regels, indien de geschillencommissie of de commissie van beroep een uitspraak heeft gedaan in de vorm van een bindend advies?

Ter beantwoording van de beide probleemstellingen zal eerst kort stil worden gestaan bij de nieuwe, per 1 november jongstleden in werking getreden, reglementen van de geschillencommissie en de commissie van beroep. Daarna zal kritisch worden bezien of de beide instanties na de reglementswijziging - zowel qua inrichting als werkwijze - nog wel voldoen aan de voorschriften, verbonden aan de erkenning door de Minister van Financiën. Tenslotte komt de vraag aan de orde welke rechtsbescherming een consument heeft, indien de geschillencommissie of de commissie van beroep in die gevallen waarin zij uitspraak doen in de vorm van een bindend advies zich niet aan de voor haar geldende regels houden?

De procedures bij de Ombudsman en Tuchtraad Financiële Dienstverlening blijven verder onbesproken in deze bijdrage.

2. De reglementen per 1 november 2009

2.1 Woord vooraf

In zowel het reglement van de geschillencommissie als in het reglement van de commissie van beroep wordt veelvuldig gebruik gemaakt van een aantal begrippen, die ook hierna nog zullen terugkomen, zoals bijvoorbeeld de begrippen “Aangeslotene”, “Consument”, “Financiële Dienst”, “Financiële Onderneming”, “Geschil”, “Klacht”, “Klachteninstituut” en “Register”. In artikel 1 van beide reglementen zijn deze begrippen nader gedefinieerd. Voor

¹² Zie hiervoor <<http://www.kifid.nl/consumenten/uw+financiële+klacht/jurisprudentie>>.

¹³ Aldus artikel 43 lid 7 sub c Bgfo.

¹⁴ Staatsblad 2006, 520, blz. 188.

de definitie van de meest gebruikte begrippen wordt derhalve verwezen naar artikel 1 van de reglementen.¹⁵

2.2 Het reglement van de geschillencommissie¹⁶

Gezien artikel 4 van het reglement geschillencommissie heeft de geschillencommissie als taak het behandelen en beslissen over individuele geschillen, maar kan zij ook een schikking tussen partijen bevorderen. Gezien de definitie van het begrip “geschil” beperkt de taak van de geschillencommissie zich blijkens artikel 4 lid 1 van het reglement geschillencommissie tot de behandeling van geschillen tussen consumenten en een of meer aangeslotene(n).

Echter, indien een consument een geschil heeft met een financiële onderneming die geen aangeslotene is, kan de geschillencommissie de zaak, mits deze overigens kwalificeert als een geschil in de zin van het reglement, toch in behandeling nemen indien de onderneming zich door ondertekening van een separate verklaring heeft onderworpen aan de competentie van de geschillencommissie, aldus het tweede lid van voornoemd artikel.

De consument dient het geschil schriftelijk aan de commissie voor te leggen door middel van een door de commissie te verstrekken en door de consument in te vullen formulier. Op dit formulier dienen de naam en het adres van de consument en de betrokken aangeslotene(n) te worden ingevuld, alsmede een schriftelijke uiteenzetting van het geschil, welke een duidelijke omschrijving bevat van de handelwijze van de betrokken aangeslotene(n), van hetgeen de consument van de aangeslotene vordert en van de gronden waarop deze vordering is gebaseerd.¹⁷ Alsmede dient de consument op dit formulier aan te geven of hij de uitspraak van de geschillencommissie al dan niet als bindend advies aanvaardt. Merkwaardig genoeg bevat dit door de consument te ondertekenen formulier geen tekstvak waarin nadrukkelijk is bepaald dat deze zich zal onderwerpen aan de bepalingen van het reglement van de commissie, zoals dat wel het geval is bij het vragenformulier ten behoeve van klachten die worden voorgelegd aan de Financiële Ombudsman.¹⁸ De aanmeldingsprocedure van een geschil lijkt daarmee niet te voorzien in een concreet moment waarop de consument nadrukkelijk de bepalingen van het reglement aanvaardt.

Zoals gezegd behoort het ook tot de taak van de geschillencommissie om een schikking tussen partijen te bevorderen. Komt er echter geen schikking tot stand, dan beslist de geschillencommissie over het geschil. Niet iedere beslissing die de geschillencommissie neemt is overigens bindend. Blijkens het reglement hebben aangeslotenen bij of na de aansluiting de keuze gehad zich al dan niet bij voorbaat in het algemeen aan de oordelen van de geschillencommissie in de vorm van een bindend advies te onderwerpen. Indien de aangeslotene bij of na de aansluiting schriftelijk heeft verklaard zich bij voorbaat in het algemeen aan de oordelen van de geschillencommissie in de vorm van een bindend advies te onderwerpen, dient de consument bij het aanhangig maken van het geschil schriftelijk te verklaren dat hij de uitspraak van de commissie als bindend advies zal aanvaarden. Indien de consument dat weigert, zal de geschillencommissie het geschil niet in behandeling nemen, aldus artikel 11 lid 3 reglement geschillencommissie.

Doet de situatie zich voor dat de betrokken aangeslotene niet heeft verklaard zich bij voorbaat in het algemeen aan de oordelen van de geschillencommissie in de vorm van een bindend advies te onderwerpen, zal de secretaris van de geschillencommissie na de aanmelding van

¹⁵ Voor de reglementen wordt verwezen naar <www.kifid.nl>.

¹⁶ Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening versie 6 (1 november 2009).

¹⁷ Art. 11 lid 1 j° art. 6 lid 1 reglement geschillencommissie.

¹⁸ Aldus stap 5 van de aanmelding van een klacht via www.kifid.nl.

het geschil aan de consument en de betrokken aangeslotene vragen of zij bereid zijn het oordeel van de geschillencommissie als bindend advies te aanvaarden, aldus artikel 11 lid 5 reglement geschillencommissie. Is een van beiden of zijn beiden daartoe niet bereid, dan doet de geschillencommissie een niet-bindende uitspraak, zo valt op te maken uit artikel 19 lid 4 reglement geschillencommissie. De geschillencommissie doet een bindend uitspraak indien de aangeslotene en de consument schriftelijk hebben verklaard zich aan de oordelen van de commissie in de vorm van een bindend advies te onderwerpen.¹⁹ In afwijking van het vorenstaande, is een uitspraak voor partijen niet bindend, ook niet indien de aangeslotene en de consument schriftelijk hebben verklaard zich aan de oordelen van de commissie in de vorm van een bindend advies te onderwerpen, indien daarin aan hoofdsom (exclusief vertragingsrente 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, dan wel meer dan € 100.000 in alle overige gevallen. Het staat partijen echter vrij zich om zich, al dan niet onder voorwaarden, aan uitspraken tot een hoger bedrag te binden.²⁰ De geschillencommissie zal een geschil overigens niet in behandeling nemen indien de hoofdsom van de vordering (exclusief vertragingsrente en kosten) van de consument een bedrag van € 1.000.000 te boven gaat.²¹

De geschillencommissie kan zowel ambtshalve als op verzoek van een of meer partijen besluiten dat zaken die zich voor gezamenlijke behandeling lenen gevoegd zullen worden behandeld.²² Voorts kan de geschillencommissie, zowel ambtshalve als op verzoek van een van partijen, het geschil uitbreiden tot een aangeslotene die geen betrokkene is bij dat geschil, indien het voor de beoordeling van het geschil wenselijk is dat ook deze aangeslotene in het geding wordt geroepen.²³

Art. 22 lid 1 van het reglement bepaalt verder dat wanneer de commissie uitspraak heeft gedaan in de vorm van een bindend advies, daar hoger beroep tegen open staat in de gevallen voorzien in en op de wijze geregeld in het reglement van beroep.

Indien de commissie uitspraak heeft gedaan in de vorm van een bindend advies, heeft de aangeslotene daarnaast, als alternatief voor hoger beroep bij de commissie van beroep, op grond van artikel 22 lid 2 van het reglement de mogelijkheid om het geschil binnen twee maanden na ontvangst van het bindend advies in volle omvang en met terzijdelating van het bindend advies aan de gewone rechter voor te leggen. De aangeslotene dient de rechter er dan wel van te overtuigen dat de uitspraak waarover het geschil gaat zo principiële 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.

Kamphuisen stelt dat deze bepaling zodanig strijdig met het karakter van de vaststellingsovereenkomst en het bindend advies is, *‘dat een rechter, indien daarop een beroep wordt gedaan door de consument, de grootste moeite zal hebben om zich met de zaak in te laten’*. Hij vervolgt: *‘De enige manier waarop deze hobbel zou kunnen worden genomen lijkt de door de aangeslotene op te brengen en te bewijzen stelling dat de consument, door de zaak aan de Geschillencommissie voor te leggen, de inhoud van het reglement heeft aanvaard en dus ook moet gedogen dat de aangeslotene de zaak nog eens kan laten behandelen, nu door de burgerlijke rechter.’* En concludeert: *‘Dan moet dus aanvaard worden dat het*

¹⁹ Aldus art. 19 lid 3 reglement geschillencommissie.

²⁰ Art. 19 lid 5 reglement geschillencommissie.

²¹ Art. 9 onder d reglement geschillencommissie.

²² Art. 14 lid 5 reglement geschillencommissie.

²³ Art. 16a reglement geschillencommissie.

*reglement van het Kifid kan worden beschouwd als houdende de algemene voorwaarden van de vaststellingsovereenkomst. Tegen die stelling valt nog wel wat in te brengen.*²⁴

Wat tegen die stelling valt in te brengen, zegt Kamphuisen echter niet. In tegenstelling tot Kamphuisen ben ik van mening dat de reglementen van de geschillencommissie en de commissie van beroep wel degelijk algemene voorwaarden (kunnen²⁵) bevatten en wel om de volgende redenen. Indien consument en aangeslotene zich hebben onderworpen aan de bepalingen van het reglement van de commissie en voorts zijn overeengekomen de uitspraak van de commissie als bindend te aanvaarden, hebben zij zich verbonden tot een vaststelling omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt ter beëindiging van een geschil krachtens een aan een derde opgedragen beslissing in de zin van artikel 7:900 BW. Aldus zijn de consument en aangeslotene, zoals Kamphuisen ook zegt, een vaststellingsovereenkomst aangegaan, waardoor titel 7.15 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is.²⁶

In titel 7.15 BW staan de begrippen ‘vaststellingsovereenkomst’, ‘beslissing’ en ‘vaststelling’ centraal. De ‘vaststellingsovereenkomst’ in casu is de meerzijdige rechtshandeling waarbij de consument en aangeslotene zich verbinden aan de bepalingen van het reglement van de commissie en overeenkomen de uitspraak van de commissie 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.²⁷ Een vaststellingsovereenkomst is een obligatoire overeenkomst in de zin van artikel 6:213 BW.²⁸ Dientengevolge is ook titel 5 van boek 6 BW en meer in het bijzonder artikel 6:231 e.v. BW van toepassing. Het reglement van de geschillencommissie en de commissie van beroep bevat nadere voorwaarden waaronder het bindend advies tot stand zal komen. Deze reglementen zijn opgesteld teneinde in een aantal vaststellingsovereenkomsten te worden opgenomen en maken daar bij aanvaarding door de consument onderdeel van uit, waardoor deze aldus als algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 onder a BW kunnen worden beschouwd en waardoor de regeling ter zake de algemene voorwaarden (afdeling 3) van toepassing is. Dit kan bijvoorbeeld, gezien artikel 6:238 lid 2 BW, tot gevolg hebben dat bij de uitleg van voornoemd artikel 22 lid 2 van het reglement - welk artikel mijn inziens niet duidelijk en helder is opgesteld - dient te worden gekozen voor de voor de consument gunstigste uitleg, hetgeen volgens mij zal betekenen dat niet snel zal worden aangenomen dat een met een uitspraak gemoeid belang voor de aangeslotene en/of de bedrijfstak in haar algemeenheid, de grens van € 5.000.000,- zal overschrijden.

Per 1 januari 2011 zal artikel 22 lid 2 van het reglement komen te vervallen, zo blijkt uit het reglement. Tegen bindende uitspraken die de geschillencommissie vanaf die datum doet, staat uitsluitend beroep nog open zoals voorzien in het huidige eerste lid van artikel 22. De keuzemogelijkheid tussen hoger beroep en de gang naar de rechter wordt tot 1 januari 2011

²⁴ J.G.C. Kamphuisen, *Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten*, AV&S 2008, blz. 89.

²⁵ Niet alle bepalingen in het reglement 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 art. 6:231 onder a BW.

²⁶ Titel 7.15 BW is met ingang van 1 september 1993 in werking getreden. Onder het oud BW gold de regeling van de dading, vervat in de artikelen 1888-1901 (oud) BW, die echter een beperkter toepassingsgebied had dan titel 7.15 BW. Zie hieromtrent M.S. van Muijden, *Mediation en de vaststellingsovereenkomst*, SDU 2007, blz. 61 e.v..

²⁷ Zie verder voor een helder onderscheid tussen deze begrippen B.J. Broekema-Engelen, ‘Vaststellingsovereenkomst en dwingend recht’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, blz. 169-181.

²⁸ Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, blz. 36. Zie ook B.J. Broekema-Engelen 2007 (T&C BW), art. 7:900 BW, aant. 2e.

geboden om degenen die nog geen ervaring hebben met hoger beroep enige tijd te geven om daaraan te wennen, zo leert navraag bij het Kifid.

Opmerking verdient nog dat de geschillencommissie en de commissie van beroep, gezien de uitspraak van het Mostaza Claro-arrest van het Europese Hof van Justitie, bij de totstandkoming van een beslissing ambtshalve dienen te toetsen of de daaraan ten grondslag liggende vaststellingsovereenkomst onredelijk bezwarende bepalingen bevat die mogelijk buiten toepassing moeten worden gelaten.²⁹ Acht de commissie bij wie het geschil aanhangig is gemaakt een bepaling onredelijk, dan zal zij deze bepaling buiten toepassing laten, echter niet vooraleer zij zich ervan heeft vergewist dat de consument daar geen bezwaren tegen heeft.³⁰ De commissie die het geschil behandelt zal er immers ook rekening mee moeten houden dat de consument niet wil dat de betrokken bepaling buiten toepassing wordt gelaten.³¹

Tenslotte is reeds eerder de vraag opgeworpen of de consument op enig moment nadrukkelijk de bepalingen van het reglement aanvaardt, aangezien het vragenformulier van de geschillencommissie geen tekstvak (meer) bevat waarin nadrukkelijk is bepaald dat deze zich zal onderwerpen aan de bepalingen van het reglement van de commissie. Deze vraag is van belang met het oog op de artikelen 6:233 sub b en 6:234 BW en de daarmee samenhangende vraag of het Kifid wel een redelijke mogelijkheid biedt van het (algemene voorwaarden houdende) reglement van de geschillencommissie kennis te nemen.³²

De wijzigingen die per 1 november 2009 in het reglement van de geschillencommissie (en ook in het reglement van beroep) zijn doorgevoerd, houden voor een niet onbelangrijk deel verband met de implementatie van de EU-Richtlijn Betaaldiensten (2007/64/EG van 13 november 2007) in de Nederlandse wetgeving per diezelfde datum. Deze Richtlijn verplicht EU-Lidstaten tot het opzetten van adequate en effectieve buitengerechtelijke klachtenprocedures voor de beslechting van geschillen ten aanzien van betaaldiensten. Overigens viel ook vóór 1 november 2009 een groot deel van deze geschillen al onder de bevoegdheid van het Kifid. Tengevolge van de reglementswijziging is nu echter nadrukkelijker bepaald dat het Kifid ook tot taak heeft geschillen tussen consumenten en betaaldienstverleners over betaaldiensten te behandelen. Een andere wijziging in de reglementen heeft te maken met de behandeling van privacygeschillen. Volgens het Kifid was op basis van de ‘oude’ reglementen niet voldoende duidelijk dat de ombudsman, de geschillencommissie en de commissie van beroep ook bevoegd waren kennis te nemen van privacygeschillen tussen consumenten en de bij Kifid aangesloten financiële dienstverleners. Met de aangepaste reglementsteksten beoogt het Kifid te verduidelijken dat de drie Kifid-instituten zich hiertoe bevoegd achten.³³ Zie hieromtrent met name de gewijzigde begrippen “Consument”, “Geschil” en “Klacht” en het nieuw aan het reglement toegevoegde begrippen “Betaaldienst” “Privacygeschil”.³⁴ Voorts is artikel 13 van het reglement geschillencommissie

²⁹ HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, Jur. 2006, p. I-10421, NJ 2007, 201 (Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium).

³⁰ HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, RvdW 2009, 1070 (Pannon).

³¹ Zo blijkt ook uit HvJ EG 17 december 2009, C-227/08.

³² Deze vraag klemmt wellicht des te meer bij de commissie van beroep, aangezien het beroep krachtens artikel 6 lid 1 van het reglement van beroep door de verzoeker per aangetekende brief dient te worden ingesteld bij de Commissie van Beroep. Ook de beroepsprocedure lijkt derhalve niet te voorzien in een concreet moment waarop de verzoeker verklaart zich te onderwerpen aan de bepalingen van het reglement van de commissie van beroep.

³³ Aldus het Kifid in haar nieuwsbericht van 2 november 2009:

<<https://www.kifid.nl/overkifid/actueel/nieuwsberichten>>.

³⁴ Art. 1 reglement geschillencommissie.

gewijzigd. Artikel 13 van het reglement voorziet in de mogelijkheid om een klacht van een consument niet in behandeling te nemen vanwege kennelijke onbevoegdheid, niet-ontvankelijkheid dan wel kennelijke ongegrondheid van diens klacht. Het artikel voorziet voorts in een mogelijkheid voor de consument om bezwaar aan te tekenen tegen een zodanig besluit. Daar waar voorheen de commissie oordeelde over dit bezwaar, is het voortaan de voorzitter van de commissie die op dit bezwaar zal beslissen.

2.3 Het reglement van beroep³⁵

De taak en bevoegdheid van de commissie van beroep staan beschreven in artikel 5 van het reglement van beroep. Het eerste lid van voornoemd artikel 5 bepaalt dat de commissie van beroep oordeelt over het 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 € 25.000 belooft. Tegen beslissingen van de geschillencommissie die niet in de vorm van een bindend advies zijn gegeven, staat derhalve geen hoger beroep open.

De commissie van Beroep is tevens bevoegd te oordelen over het beroep van een aangeslotene tegen een bindende beslissing van de geschillencommissie 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, aldus het derde lid van bovengenoemd artikel 5. Het moge duidelijk zijn dat deze bepaling samenhangt met het hierboven besproken artikel 22 van het reglement geschillencommissie en dat de daar aangevoerde kritiek ook hier geldt.

Tenslotte staat ingevolge het zesde lid van artikel 5 zowel voor de consument als de aangeslotene beroep open tegen een beslissing van de geschillencommissie, ongeacht of aan de vereisten van de leden 1 en 3 van dit artikel is voldaan, wanneer de geschillencommissie zulks in haar uitspraak heeft bepaald, omdat het belang van zaak zulks rechtvaardigt. Deze beslissing van de geschillencommissie, of het achterwege laten daarvan, behoeft niet met redenen te worden omkleed en kan in hoger beroep niet worden bestreden, aldus het reglement van beroep.

De wederpartij van degene die beroep heeft ingesteld heeft overigens de mogelijkheid harerzijds incidenteel beroep in te stellen, een mogelijkheid die de procedure “in eerste aanleg” niet kent.³⁶

Ook de commissie van beroep doet haar uitspraak in beginsel in de vorm van een bindend advies.³⁷ Een uitspraak van de commissie van beroep is voor partijen echter niet bindend, indien daarin aan hoofdsom (exclusief vertragsrente 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 of van een andere organisatie die voor haar leden dit maximum heeft aanvaard, en;
- meer dan € 100.000 in alle overige gevallen.³⁸

³⁵ Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening versie 2 (1-11-2009)

³⁶ Art. 5 lid 7 reglement van beroep.

³⁷ Art. 12 lid 1 reglement van beroep.

Het staat partijen echter wederom vrij zich, in afwijking van de bepalingen van het reglement, al dan niet onder voorwaarden aan uitspraken tot een hoger bedrag te binden. Indien partijen een dergelijke afspraak hebben gemaakt ten aanzien van de geschillencommissie, geldt deze ook voor de commissie van beroep, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk is overeengekomen.³⁹

Zoals reeds gezegd, houden ook de per 1 november 2009 in het reglement van beroep doorgevoerde wijzigingen voor een niet onbelangrijk deel verband met de implementatie van de EU-Richtlijn Betaaldiensten (2007/64/EG van 13 november 2007) in de Nederlandse wetgeving per diezelfde datum en hebben deze voorts te maken met de behandeling van privacygeschillen. De wijzigingen betreffen wederom met name de begrippen “Consument”, “Geschil” en “Klacht”. Nieuw in het reglement zijn de begrippen “Betaaldienst” “Privacygeschil”. Een andere wijziging in het reglement van beroep hangt samen met een reeds per februari 2009⁴⁰ doorgevoerde wijziging in het reglement van de geschillencommissie. Voor die tijd was deze niet bevoegd te oordelen over geschillen die voortvloeien uit de verhouding tussen een verzekeraar en een pensioengerechtigde, omdat het toen geldende reglement niet in die mogelijkheid voorzag.⁴¹ Daar is nu een einde aan gemaakt door in de reglementen op te nemen dat ook geschillen ten aanzien van overeenkomsten van levensverzekering met pensioenclausule aan het Kifid kunnen worden voorgelegd. Daartoe zijn de begrippen “Consument”, “Financiële Dienst” en “Financiële Onderneming” aangepast. Tenslotte is nieuw in het reglement van beroep de bepaling dat een ingesteld hoger beroep de uitvoerbaarheid van de uitspraak van de Geschillencommissie waartegen het is gericht schorst.⁴²

3. Voldoet het Kifid als erkende geschilleninstantie na de reglementswijzigingen nog wel aan de in artikel 45 van het Bgfo gestelde eisen?

Zoals reeds gezegd, zijn er in artikel 45 Bgfo nadere regels uitgewerkt waaraan het reglement van de geschillencommissie en het reglement van beroep dienen te voldoen. In de nota van toelichting op het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft⁴³ wordt nader uiteengezet wat de achterliggende redenen zijn om de hierboven genoemde voorwaarden te stellen. Zo is het bijvoorbeeld de bedoeling dat de voorwaarden zoals gesteld in artikel 45 Bgfo in overeenstemming zijn met Aanbeveling 98/257/EG.⁴⁴ Ter toelichting: de Europese commissie spant zich in om de kwaliteit en de doeltreffendheid van de alternatieve wijzen van de beslechting van consumentengeschillen te bevorderen⁴⁵ en heeft daartoe onder meer een tweetal aanbevelingen heeft gedaan betreffende principes en beginselen die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen.⁴⁶ Voor de procedure bij de geschillencommissie en de commissie van

³⁸ Art. 12 lid 2 reglement van beroep.

³⁹ Art. 12 lid 3 reglement van beroep

⁴⁰ Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening versie 5, welke versie in werking is getreden in februari 2009.

⁴¹ Uitspraak 2008-11 van de geschillencommissie: <www.kifid.nl>.

⁴² Art. 5 lid 2 reglement van beroep.

⁴³ Staatsblad 2006, 520, toelichting op art. 45 Bgfo.

⁴⁴ Staatsblad 2006, 520, blz. 188.

⁴⁵ <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_nl.htm>.

⁴⁶ Aanbeveling van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen (98/257/EG) en Aanbeveling van de Commissie van 4 april 2001 met betrekking tot de beginselen voor de

beroep is met name de eerstgenoemde Aanbeveling van de Europese Commissie van belang, omdat deze aanbeveling is geschreven voor 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. Procedures die zich beperken tot een simpele poging de partijen bij elkaar te brengen om hen ervan te overtuigen een gezamenlijke oplossing te vinden, vallen dus niet onder het bereik van deze Aanbeveling, aldus de considerans. Organen bevoegd met de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, dienen volgens de Aanbeveling de volgende principes te eerbiedigen: onafhankelijkheid, transparantie, hoor en wederhoor, doeltreffendheid, wettigheid, vrijheid en vertegenwoordiging. In de Aanbeveling worden voorts door deze organen te nemen maatregelen geformuleerd, op basis waarvan bovengenoemde principes volgens de Europese Commissie kunnen worden gewaarborgd. De uitgangspunten neergelegd in de Aanbeveling van de Europese Commissie komen alle terug in de artikelen 44 tot en met 47 Bgfo, aldus de toelichting op artikel 45 Bgfo.⁴⁷

Krachtens het eerste lid van artikel 45 Bgfo dient een erkende 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. indien de mogelijkheid daartoe wordt geboden: de regels met betrekking tot wraking van een lid van het orgaan, bedoeld in artikel 44, eerste lid, door partijen, op grond van feiten of omstandigheden die een onpartijdig of onafhankelijk oordeel van dat lid 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 met betrekking tot het soort regels waarop 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 dienstverlener 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;

buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn (2001/310/EG).

⁴⁷ Staatsblad 2006, 520, blz. 188.

- 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 de onderdelen k en l, waarbij in ieder geval is bepaald 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.

Beide reglementen dienen dus allereerst ‘*een duidelijke omschrijving van de geschillen die ter behandeling aan de geschilleninstantie kunnen worden voorgelegd*’ te bevatten (sub a). Voorts geven beide reglementen krachtens sub b ‘*regels met betrekking tot het aanhangig maken van een geschil en een duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken*’, althans dat zou zo moeten zijn. Onder deze regels vallen ook de stappen die de consument eventueel vooraf moet nemen, alsmede regels betreffende de termijn binnen welke geschillen aanhangig moeten worden gemaakt, zo blijkt uit de toelichting op artikel 45 Bgfo.⁴⁸

Artikel 10 reglement geschillencommissie bepaalt binnen welke termijn een geschil aanhangig dient te worden gemaakt. Aangezien het al dan niet verstreken zijn van de gestelde termijnen nauw samenhangt met de vraag of een geschil ter behandeling aan de geschillencommissie kan worden voorgelegd, geldt ook hiervoor dat deze termijn duidelijk moet zijn omschreven. Kamphuisen heeft al eerder – mijns inziens terecht – kritiek geuit op de onduidelijke redactie van artikel 10 lid 1 onder a reglement geschillencommissie.⁴⁹ Afgezien het door hem hieromtrent gestelde, waarvoor ik naar zijn bijdrage verwijs, vraag ik mij af of de gekozen bewoordingen van artikel 10 lid 1 onder a in overeenstemming zijn met de bedoeling van de opsteller(s) van het reglement en wel om de volgende reden. Artikel 10 lid 1 onder a luidt als volgt:

*“De Geschillencommissie kan een verzoek tot Geschilbeslechting niet behandelen indien:
a. meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop de Consument van de feiten waarop het Geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen en het tijdstip waarop de Klacht aan de Aangeslotene is voorgelegd tegen wie het verzoek tot geschilbeslechting zich richt”.*

De vraag of de geschillencommissie een verzoek tot geschilbeslechting in behandeling kan nemen is dus, blijkens het reglement, afhankelijk gemaakt van het tijdstip waarop de consument van de feiten waarop het geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen. Nu kan het in een geschil zo zijn dat de feiten waarop een geschil betrekking heeft al geruime tijd bekend zijn bij partijen, maar dat er tussen partijen op enig moment, maar in ieder geval meer dan een jaar nadat partijen kennis hebben kunnen nemen van deze feiten, een geschil ontstaat omtrent hetgeen rechtens tussen hen geldt zonder dat er een geschil bestaat omtrent deze feiten zelf. In dat geval zou de geschillencommissie het verzoek tot geschillenbeslechting, gezien artikel 10 lid 1 onder a, niet in behandeling kunnen nemen, hetgeen niet de bedoeling kan zijn geweest van de opsteller(s) van het reglement, lijkt mij. Ware het daarom niet beter geweest om de mogelijkheid van een consument om een geschil aanhangig te maken bij de

⁴⁸ Staatsblad 2006, 520, blz. 189.

⁴⁹ J.G.C. Kamphuisen, a.w., blz. 88.

geschillencommissie te verbinden aan bijvoorbeeld het verstrijken van een bekwame tijd nadat de blijk van onvrede is ontstaan of redelijkerwijs had behoren te ontstaan? Overigens kan de commissie in afwijking van het in artikel 10 lid 1 onder a bepaalde, het geschil gezien artikel 10 lid 2 reglement geschillencommissie toch in behandeling nemen, indien de consument ter zake van de niet-naleving van de vermelde termijn(en) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen enkel verwijt kan worden gemaakt of indien de aangeslotene de commissie laat weten van een beroep op het bepaalde in artikel 10 lid 1 onder a af te zien.

Krachtens artikel 45 lid 1 sub b Bgfo behoren de reglementen ook een duidelijke omschrijving te geven van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken. Gezien artikel 6 lid 1 van het reglement geschillencommissie kan iedere ‘consument’ zoals bedoeld in artikel 1 reglement geschillencommissie schriftelijk een geschil aanhangig maken. Consument in de zin van het reglement is, zo blijkt uit de lijst met begripsbepalingen *‘De afnemer van een betaaldienst, financiële dienst of elke andere bij een overeenkomst betreffende een financieel product of financiële dienstverlening middellijk of onmiddellijk belanghebbende, indien en voor zover die afnemer of andere belanghebbende een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Onder dit begrip wordt tevens geschaard:*

a) 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;

b) de deelnemer van een pensioenregeling, zoals bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet in zijn hoedanigheid van verzekerde natuurlijke persoon van de overeenkomst van levensverzekering met pensioenclausule (pensioenpolis zoals bedoeld in PSW en PW)’. De vraag is of een gemiddelde consument op grond van deze omschrijving kan beoordelen of hij of zij voldoet aan de criteria om een geschil aanhangig te kunnen maken. Ik denk het niet. Immers, om een antwoord te kunnen geven op deze vraag dient een consument tevens te weten wat een financiële dienst is als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht, waarbij weer begrippen als ‘financieel product’ en ‘financiële dienstverlening’ een rol spelen. Het reglement geschillencommissie noch het reglement van beroep geven een omschrijving van deze begrippen. Hoewel de reglementen dus wel een nauwkeurige beschrijving geven van de soorten geschillen die kunnen worden voorgelegd⁵⁰, kan mijns inziens niet worden gezegd dat de reglementen een duidelijke omschrijving geven van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken.

De reglementen dienen op grond van sub f voorts regels te bevatten *“met betrekking tot het soort regels waarop de geschilleninstantie haar beslissingen baseert”*. Hierbij kan worden gedacht aan wettelijke bepalingen, gedragscodes, uitgangspunten als redelijkheid en billijkheid etc.⁵¹ Uit de artikelen 19 lid 2 reglement geschillencommissie en 11 lid 2 reglement van beroep blijkt dat de geschillencommissie en de commissie van beroep zich bij de beoordeling van een geschil laten 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’*. Daarbij dient opgemerkt te worden dat genoemde gedragscodes op grond van artikel 48 Bgfo niet kunnen worden opgelegd aan financiële dienstverleners die zich niet vrijwillig hebben toegelegd op het naleven van deze regels, maar enkel kunnen dienen als toets voor die instellingen die aan deze gedragscode

⁵⁰ De eis die gesteld wordt in Aanbeveling 98/257/EEG, principe II, onder 1.

⁵¹ Staatsblad 2006, 520, blz. 190.

hebben verbonden.⁵² Het komt overigens op mij over dat de opstellers van de reglementen niet hebben willen aangegeven dat de beide commissies gehouden zijn dan wel de vrijheid hebben af te wijken van het positieve recht bij haar werkzaamheden.⁵³ De vraag kan dan ook worden gesteld of in de beide reglementen niet beter simpelweg bepaald had kunnen worden dat de geschillencommissie haar beslissingen baseert op Nederlands recht.

Krachtens het tweede lid van artikel 45 dient een erkende geschilleninstantie zoals het Kifid het reglement, bedoeld in het eerste lid, beschikbaar te houden en het kosteloos op verzoek te verstrekken aan iedere belanghebbende. Het Kifid heeft haar (thans geldende) reglementen gepubliceerd op haar website en deze zijn te downloaden. Voorts zijn de reglementen kosteloos bij het Kifid op te vragen, zo is mijn ervaring. Het Kifid voldoet derhalve aan het in het vereiste gesteld in het tweede lid van artikel 45. Aangezien zoals reeds eerder gezegd de aanmeldingsprocedure van een geschil niet lijkt niet te voorzien in een concreet moment waarop de verzoeker verklaart zich te onderwerpen aan de bepalingen van dat reglement, weet deze ten tijde van een reglementswijziging echter niet zeker of het reglement waarvan hij kennis kan nemen ook het reglement is op grond waarvan het geschil uiteindelijk wordt beslecht.

Concluderend kan worden gezegd dat het Kifid als erkende geschilleninstantie na de reglementswijzigingen in grote lijnen voldoet aan de in artikel 45 van het Bgfo gestelde eisen. Een voor consumenten duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken ontbreekt echter. Aangezien de omschrijving echter wel nauwkeurig is, lijkt dat geen reden voor de Minister te zijn om de erkenning in te trekken.

4. Rechtsbescherming consument

Hiervoor is reeds vastgesteld dat de geschillencommissie en de commissie van beroep dienen te beschikken over en te handelen in overeenstemming met een reglement dat voldoet aan de in het eerste lid van artikel 45 Bgfo gestelde eisen. Voorts is reeds ter sprake gekomen dat partijen die jegens elkaar zijn overeengekomen zich aan de oordelen van de geschillencommissie of de commissie van beroep in de vorm van een bindend advies te onderwerpen en daarbij hebben verklaard zich te onderwerpen aan het reglement van die commissie, een vaststellingsovereenkomst zijn aangegaan, die in de regel⁵⁴ resulteert in een beslissing van de geschillencommissie of de commissie van beroep.

De vraag is echter welke rechtsbescherming de consument toekomt op het moment dat de geschillencommissie of de commissie van beroep in die gevallen waarin zij uitspraak doen in de vorm van een bindend advies zich niet aan de voor haar geldende regels houdt? Een antwoord op deze vraag kan met name worden gevonden in de artikelen 7:902 en 7:904 BW. Het is van groot belang de eerder genoemde begrippen ‘vaststellingsovereenkomst’, ‘beslissing’ en ‘vaststelling’ goed van elkaar te onderscheiden voor een juist begrip van de artikelen 7:902 en 7:904 BW.

⁵² Zie ook Staatsblad 2006, 520, blz. 191.

⁵³ Die vrijheid hebben zij in beginsel ook niet, zo zal hierna nog blijken bij de bespreking van art. 7:902 BW. Een bepaling zoals bijvoorbeeld opgenomen in de meeste reglementen van geschillencommissies ressorterend onder de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken, luidende dat in alle gevallen waarin dat reglement niet voorziet, door de commissie met inachtneming van eisen van redelijkheid en billijkheid wordt beslist, is om die reden dan ook zinledig.

⁵⁴ Behoudens in de gevallen dat er een schikking wordt bereikt.

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.

Over dit artikel dient allereerst het volgende te worden opgemerkt. Diverse auteurs⁵⁵ betogen dat de wetgever in deze bepaling ten onrechte het begrip vaststelling gebruikt in de plaats van het begrip beslissing, welk standpunt ik om door hen genoemde redenen deel. 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 strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde, nietig is.⁵⁶

De vraag is uiteraard wanneer 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.

Dat is in beginsel het geval indien bij de totstandkoming van een beslissing dwingend recht bewust buiten toepassing wordt gelaten of bewust onjuist wordt toegepast, aldus de parlementaire geschiedenis.⁵⁷ Broekema-Engelen is steller: “*Gaat 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 openbare orde of goede zeden brengen*”, zo stelt zij.⁵⁸ Zij gaat hier echter voorbij aan het feit dat een tussen partijen in beginsel geldende regel, ook al is deze van dwingend recht, niet van toepassing is, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁵⁹ Het ligt dan wel op de weg van de bindend adviseurs om deze afwijking van dwingend recht goed te motiveren.⁶⁰ Naarmate een bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, hetgeen het geval is bij een beslissing ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied, dient de beslissing van de bindend adviseurs ook meer en beter te worden gemotiveerd, aldus HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 (Amsterdam/ Honnebier).

Aangezien een bindend advies uitgebracht door de geschillencommissie en de commissie van beroep het karakter van rechtspraak heeft, mag overigens worden aangenomen dat de geschillencommissie en de commissie van beroep in beginsel ook de overige beginselen uit artikel 6 EVRM in acht hebben te nemen.⁶¹ 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 gelden⁶², ben ik gezien de jurisprudentie⁶³ en doctrine⁶⁴

⁵⁵ B.J. Broekema-Engelen 1999, a.w., blz. 172; Asser-Van Schaik 5-IV, 2004, nr. 274 en ook: A.G. Luttik, Bindende partijbeslissing en bindend advies in titel 7.15, in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), CJHB (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, blz. 260.

⁵⁶ Zie B.J. Broekema-Engelen 2005, art. 7:902 BW, aantekening 3 en art. 7:904 BW, aantekening 2e.

⁵⁷ Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, blz. 39.

⁵⁸ B.J. Broekema-Engelen 1999, a.w., blz. 177.

⁵⁹ Aldus art. 6:248 lid 2 BW.

⁶⁰ Zie in deze zin ook M.B.M. Loos, Verboden exoneraties in energieleveringsovereenkomsten en vernietiging van met de wet strijdige bindende adviezen, TvC 2006-1, blz. 5.

⁶¹ 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 AG. Zie hieromtrent ook M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, Naar een Klachteninstituut Financiële Dienstverlening, Zutphen 2006, blz. 101 e.v.

⁶² R.A. Lawson, Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid, TvA 1996-4, blz. 158 e.v.

geneigd deze vraag positief te beantwoorden.

Degenen die een beslissing hebben te nemen ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied zijn dus in beginsel aan dwingend recht gebonden.⁶⁵ Van belang hierbij is op te merken dat aan artikel 7:902 BW 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 rechtsverhouding van partijen in het gegeven geval leidt, behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een vaststellingsovereenkomst, waardoor een eventuele procedure tussen partijen kan worden voorkomen en waarbij op de koop toe moet worden genomen dat, indien *naderhand* duidelijkheid omtrent de uitleg of het resultaat wordt verkregen, aldus een geldige overeenkomst bestaat, die niettemin, naar resultaat, met dit dwingende recht strijdt.⁶⁶ De in artikel 7:902 BW geboden vrijheid heeft overigens alléén betrekking op de vaststelling (lees: ‘beslissing’) en niet tot de vaststellingsovereenkomst.⁶⁷

Naast artikel 7:902 BW biedt ook het eerder genoemde artikel 7:904 BW de nodige rechtsbescherming aan de consument. Artikel 7:904 lid 1 BW 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.⁶⁸ Men komt overigens niet toe aan de vraag of de beslissing strijdig is met artikel 7:904 lid 1 BW, indien een beslissing 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.⁶⁹ Doet de consument echter een beroep op artikel 7:904 lid 1 BW, dan zal deze allereerst dienen te stellen en zo nodig dienen te bewijzen dat de beslissing, hetzij uit hoofde van zijn inhoud, hetzij uit hoofde van de wijze waarop het tot stand is gekomen, zo zeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat gebondenheid daaraan onaanvaardbaar zou zijn. De vraag is wanneer dat het geval is. Met name is in casu de vraag aan de orde of een erkende geschillencommissie die niet voldoet aan de in artikel 45 lid 1 Bgfo genoemde eisen - of dat nu is omdat het reglement niet (volledig) voldoet aan de uitgangspunten neergelegd in de Aanbeveling van de Europese Commissie die zoals gezegd ook allemaal terugkomen in de artikelen 44 tot en met 47 Bgfo of omdat bij de behandeling van het geschil niet in overeenstemming met het reglement wordt gehandeld - in strijd handelt met artikel 7:904 lid 1 BW.

⁶³ Zie HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-7/98, Jur 2000, p. I-1395 e.v. (Krombach/Bamberski) en de Conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 27 april 2006 in de zaak C-168/05, r.o. 59 e.v. (Mostaza Claro/ Centro Móvil Milenium).

⁶⁴ Zie ondermeer H. van Houtte, De internationalisatie van de openbare orde, blz. 171, e.v., in: Liber amicorum Walter Van Gerven, Deurne: Kluwer 2000, blz. 171 e.v., X.E. Kramer, Europees procesrecht en fundamentele procedurele vereisten: de rol van artikel 6 EVRM ter invulling van de openbare orde onder het EEX, NIPR 2004-1, blz. 9-16., M. Freudenthal, Openbare orde of algemene processuele beginselen?, TCR 2007-3, blz. 71-77 en L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2008, blz. 52-53.

⁶⁵ Zie hieromtrent ook de Toelichting Meijers, blz. 1141 e.v.

⁶⁶ HR 21 april 1995, NJ 1997, 570 (Schmitz - Caspers), Hof Amsterdam, 6 december 2007, JAR 2008,125. Zie hieromtrent ook Toelichting Meijers, Vierde gedeelte (Boek 7), p. 1140 en HR 27 december 1935, NJ 1936, 442 m.nt. EMM (Verhoeven/Veugelers).

⁶⁷ Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, blz. 39. Anders: J.G.C. Kamphuisen, Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten, AV&S 2008, blz. 89.

⁶⁸ De regel vervat in artikel 7:904 lid 1 BW is in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad van 29 januari 1931, NJ 1931, p. 1317 (Huize Lydia) 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 Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, blz. 41.

⁶⁹ Zie B.J. Broekema-Engelen 2005, art. 7:904 BW, aantekening 2e.

Voor het antwoord op voorgaande vraag is het allereerst van belang stil te staan bij de juridische status van Aanbevelingen van de Europese Commissie. Aanbevelingen zijn, gezien 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.”

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 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 dat betekenen dat gebondenheid aan het bindend advies onaanvaardbaar zou zijn.

Ook al mocht blijken dat bij de totstandkoming van een bindend advies procedurele 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.⁷⁰ 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.

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 plaats heeft.⁷¹ 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.⁷² Aan de bovengenoemde nadeelstoets komt men dan niet toe.

5. Afsluitende opmerkingen

In deze bijdrage is onder meer een antwoord gezocht op de vraag of het Kifid na de reglementswijzigingen nog wel voldoet aan de in artikel 45 Bgfo gestelde eisen. Daarbij is ter sprake gekomen dat de uitgangspunten neergelegd in Aanbeveling 98/257/EEG volgens de toelichting op artikel 45 Bgfo⁷³ alle terugkomen in de artikelen 44 tot en met 47 Bgfo. In Aanbeveling 98/257/EEG wordt echter ook gesteld dat, als het om een bindend besluit gaat,

⁷⁰ HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 (Amsterdam/ Honnebier).

⁷¹ HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115 (Meurs/ NWM).

⁷² H.J. Snijders, Nederlands arbitragerecht, Deventer: Kluwer 2003, blz. 269-270, V.C.A. Lindijer, De goede procesorde, Deventer: Kluwer 2006, blz. 361 e.v..

⁷³ Staatsblad 2006, 520, blz. 188.

hetgeen bij een bindend advies het geval is, er moet worden gezorgd voor passende middelen om de doorzichtigheid van de procedure te garanderen. Dit betekent onder meer dat de sancties moeten 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, zo blijkt uit de Aanbeveling. Deze eisen worden echter niet genoemd in de artikelen 44 tot en met 47 Bgfo. De vraag is of onder “eventueel bestaande beroepsmogelijkheden voor de partij die niet in het gelijk is gesteld” zoals bedoeld in de Aanbeveling niet tevens ook de uitdrukkelijke mogelijkheid tot vernietiging van een bindend advies op grond van artikel 7:904 BW wordt bedoeld. Indien men deze vraag positief beantwoordt, dient men zich af te vragen of deze ‘beroepsmogelijkheid’ niet in het reglement dient te worden opgenomen.⁷⁴

Opgemerkt dient tenslotte nog te worden dat de rechtsbescherming van de consument verder strekt dan uit deze bijdrage moge blijken. De mogelijkheid voor een partij bij een vaststellingsovereenkomst om bijvoorbeeld een beroep te doen op dwaling of bedrog is onbesproken gebleven. Ook is de mogelijke aansprakelijkheid van bindend adviseurs voor gemaakte fouten bij de totstandkoming van een beslissing niet nader belicht.

⁷⁴ Zoals dat bijvoorbeeld het geval is in het reglement van de Rijdsende Rechter en in de reglementen van de geschillencommissies die ressorteren onder de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken.