

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

De geschillenbeslechting bij het KiFiD nader beschouwd

1. INLEIDING

Alweer enige tijd geleden, te weten op 1 april 2007, is het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna te noemen: het KiFiD) officieel gestart met haar werkzaamheden. Doelstelling van deze stichting is onder meer het in stand houden van een door de Minister van Financiën erkend¹ 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.² Daartoe heeft het bestuur van het KiFiD een Ombudsman Financiële Dienstverlening aangesteld (het bemiddelingsorgaan), een Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in het leven geroepen (het bindend adviescollege) en voor beide instanties een eigen reglement opgesteld.³

De klachtenprocedure bij het KiFiD omvatte bij aanvang drie mogelijke stappen⁴:

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').

De daadwerkelijke bemoeienis van het KiFiD met de klacht omvatte in eerste instantie dus twee te onderscheiden fasen. In de inleiding van zijn eerste jaarverslag zegt de Ombudsman Financiële Dienstverlening hierover:

'Het Kifid is ingesteld voor de behandeling van alle geschillen, onder één regime, tussen aanbieders en afnemers van financiële producten en diensten, of dat nu effecten zijn, bankdiensten, kredieten, verzekeringen, intermediaire adviezen et cetera. Het Kifid biedt een aanpak in twee

fasen. De eerste fase is een bemiddelfase, waarin een Ombudsman optreedt, die voor de meeste zaken door bemiddeling, verwijzing of advisering een oplossing kan aandragen. De tweede fase betreft de geschillenbeslechting, waarin een commissie geschillen die de Ombudsman niet kan oplossen en die van voldoende belang zijn, zo de consument dat wenst, kan bekijken en, wanneer de partijen daarmee instemmen, over die geschillen bindend kan oordelen.⁵

De Minister van Financiën heeft per besluit van 22 december 2006 het KiFiD erkend als geschilleninstantie in de zin van art. 4:17 Wet op het financieel toezicht (Wft).⁶ De Minister van Financiën erkent een geschilleninstantie als bedoeld in art. 4:17 Wft slechts indien de aanvrager van deze erkenning heeft aangetoond te kunnen voldoen aan art. 44-48 Bgfo, aldus art. 43 lid 1 Bgfo. 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 art. 44 van het Bgfo gestelde eisen en het Reglement van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening voldoet aan de in art. 45 Bgfo gestelde eisen.

Voordat de ombudsman en de geschillencommissie goed en wel met hun werkzaamheden waren begonnen, heeft het KiFiD bij persbericht van 9 november 2007 bekend gemaakt de reglementen (het Reglement Ombudsman en het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening) te zullen gaan aanpassen, omdat het bestuur van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening heeft besloten de geschillenbeslechtingsfase uit te breiden door hoger beroep tegen uitspraken van de geschillencommissie mogelijk te maken.

De aanpassing houdt met name in 'dat tegen een uitspraak van de Geschillencommissie voortaan hoger beroep zal openstaan bij de (nog te formeren) Beroepscommissie Kifid wanneer het gaat om klachten of uitspraken van de

* Mr. D.P.C.M. Hellegers is universitair docent privaatrecht aan de Open Universiteit Nederland.

1. Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997, *Stcrt.* 1996, nr. 248, p. 8.
2. Aldus art. 2 Statuten Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. Deze statuten zijn te vinden op de website van het KiFiD: <www.kifid.nl>.
3. Het Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening en het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Zie voor de reglementen <www.kifid.nl>.
4. Zie KiFiD-persbericht van 2 april 2007, <www.kifid.nl>.
5. Jaarverslag 2007 van de Ombudsman Financiële Dienstverlening, p. 4, <www.kifid.nl>.
6. Zie voor dit erkenningsbesluit: <www.kifid.nl/uploads/Erkenning_kifid_06-2902.pdf>.

Commissie met een financieel belang van meer dan € 25.000', aldus het persbericht.⁷

Inmiddels zijn de bovengenoemde wijzingen doorgevoerd en de nieuwe reglementen per 1 juli 2008 in werking getreden, leert navraag bij het KiFiD. Voorts zijn ook de eerste uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening op de website gepubliceerd.⁸ Voor de nieuwe 'Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening' (hierna ook te noemen: 'de commissie van beroep') is er een eigen reglement opgesteld, te weten het 'Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (KiFiD)' (hierna ook te noemen: 'reglement van beroep'). Voorts zijn in het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna ook te noemen: 'reglement geschillencommissie') enkele aanpassingen aangebracht.

Voorts valt nog op te merken dat het Verbond van Verzekeraars per 1 januari 2008 een nieuwe tuchtraad heeft ingesteld, die op verzoek van het Verbond van Verzekeraars is ondergebracht bij het KiFiD. 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.⁹

Aangezien de erkenning van de minister plaatsvond vóór de reglementswijziging, komt de vraag op of de nieuwe reglementen nog wel voldoen aan de in art. 45 van het Bgfo gestelde eisen. Deze vraag is van belang omdat de minister de erkenning kan intrekken, indien de geschilleninstantie niet meer voldoet aan een voorschrift, verbonden aan de erkenning.¹⁰ Bovendien kan de erkenning van een geschilleninstantie worden ingetrokken indien de geschilleninstantie het reglement niet naleeft.¹¹

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

Voldoet het KiFiD na de reglementswijzigingen nog wel aan de in art. 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 worden stilgestaan bij de nieuwe 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. Ten slotte 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 onbesproken in deze bijdrage.

2. DE NIEUWE REGLEMENTEN

2.1. Woord vooraf

In zowel het reglement van de geschillencommissie als in het reglement van de commissie van beroep wordt veelvuldig gebruikgemaakt 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 art. 1 van beide reglementen zijn deze begrippen nader gedefinieerd. Voor de definitie van de meest gebruikte begrippen wordt derhalve verwezen naar art. 1 van de reglementen.¹²

2.2. Het nieuwe reglement van de geschillencommissie

Gezien art. 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 art. 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 lid 2 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

7. Zie voor het persbericht <www.kifid.nl>.

8. Zie hiervoor <www.kifid.nl/consumenten/uw+financiële+klacht/jurisprudentie>.

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

10. Aldus art. 43 lid 7 sub c Bgfo.

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

12. Op het moment van schrijven van deze bijdrage stonden de nieuwe reglementen die per 1 juli jl. in werking zijn getreden nog niet op de website van het KiFiD. Aangenomen wordt dat dit op het moment van verschijnen van deze bijdrage echter wel het geval zal zijn, zodat voor de reglementen wordt verwezen naar <www.kifid.nl>.

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.¹³ Alsmede dient de consument op dit formulier te verklaren zich te onderwerpen aan de bepalingen van het reglement van de commissie en de uitspraak van de commissie als bindend te aanvaarden.¹⁴

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 art. 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 het geschil aan de consument en de betrokken aangeslotene vragen of zij bereid zijn het oordeel van de commissie als bindend advies te aanvaarden, aldus art. 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 art. 19 lid 4 reglement geschillencommissie. Tot zover niet veel nieuws. Opmerkelijk is overigens wel, dat het voor een consument die een klacht heeft tegen een aangeslotene die niet heeft verklaard zich bij voorbaat in het algemeen aan de oordelen van de geschillencommissie in de vorm van een bindend advies te onderwerpen, onmogelijk is zijn klacht via het klachtenformulier op de website van het KiFiD in te dienen, zonder akkoord te gaan met de verklaring zich te onderwerpen aan de bepalingen van het reglement van de ombudsman en de geschillencommissie van het Klachteninstituut Financiële Dienstverle-

ning en de uitspraak van de geschillencommissie als bindend te aanvaarden.¹⁵ Dit is opmerkelijk omdat aangeslotene en consument op basis van voornoemd art. 19 ook zouden moeten kunnen opteren voor een niet-bindende uitspraak.

Nieuw in het reglement is de bepaling dat de geschillencommissie, zowel ambtshalve als op verzoek van een of meer partijen, kan besluiten dat zaken die zich voor gezamenlijke behandeling lenen gevoegd zullen worden behandeld.¹⁶ Ook nieuw is een bepaling dat de geschillencommissie, zowel ambtshalve als op verzoek van een van partijen, het geschil kan 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.¹⁷

Voorts is er gesleuteld aan de bevoegdheid van de geschillencommissie. De geschillencommissie kan een geschil niet in behandeling nemen indien de hoofdsom van de vordering (exclusief verpagingsrente en kosten) van de consument een bedrag van € 1 000 000 te boven gaat. Dit was al zo onder het oude reglement en blijft ongewijzigd.¹⁸ Echter, in het oude reglement was de bepaling opgenomen dat een uitspraak waarin aan hoofdsom (exclusief verpagingsrente en kosten) een bedrag van meer dan € 150 000 wordt toegewezen, in beginsel voor partijen niet bindend is.¹⁹ In het nieuwe reglement is dit bedrag gewijzigd in meer dan € 100 000, indien de toewijzende uitspraak betrekking heeft op een aangeslotene die bij de dienstverlening waarop de toewijzing betrekking heeft slechts als tussenpersoon is opgetreden en in meer dan € 250 000 in alle overige gevallen.²⁰

Ten slotte is er met het oog op de nieuwe mogelijkheid van hoger beroep aan het reglement de bepaling toegevoegd dat wanneer de commissie uitspraak heeft gedaan in de vorm van een bindend advies, daar hoger beroep tegen openstaat in de gevallen voorzien in en op de wijze geregeld in het reglement van beroep.²¹

De opstellers van het reglement hebben kennelijk geen aanleiding gezien wijzigingen aan te brengen aan de bepaling in art. 22 van het reglement dat, indien de commissie uitspraak heeft gedaan in de vorm van een bindend advies, de aangeslotene 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 of een andere door partijen aangewezen geschilbeslechter kan voorleggen, indien het een geschil betreft waarvan de aangeslotene naar het oordeel van de gewone rechter of de aangewezen geschilbeslechter aannemelijk

13. Art. 11 lid 1 jo. art. 6 lid 1 reglement geschillencommissie.

14. Aldus stap 5 van de aanmelding van een klacht via <www.kifid.nl>.

15. Bij stap vijf van het aanmeldingsproces, <www.kifid.nl>.

16. Art. 15 lid 5 reglement geschillencommissie.

17. Art. 16a reglement geschillencommissie.

18. Art. 15 onder d reglement geschillencommissie.

19. Aldus art. 19 lid 5 reglement geschillencommissie, versie 4 d.d. 20 december 2006. Partijen werd, gezien de tweede volzin van voornoemd art. 19 lid 5 wel de vrijheid geboden om zich, in afwijking van deze regel, al dan niet onder voorwaarden aan uitspraken tot een hoger bedrag te binden.

20. Aldus art. 19 lid 5 reglement geschillencommissie.

21. Art. 22 lid 1 reglement geschillencommissie.

maakt dat de uitspraak 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.²² Dat is opmerkelijk, omdat er wel wat valt aan te merken op deze bepaling.

Zo stelt Kamphuisen 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 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.'²³

Wat tegen die stelling valt in te brengen zegt Kamphuisen niet. Hoewel ik ook kritiek heb op de redactie van art. 22, ben ik het echter niet eens met de door hem aangevoerde argumenten. In tegenstelling tot Kamphuisen ben ik van mening dat de reglementen van de geschillencommissie en de commissie van beroep wel degelijk algemene voorwaarden (kunnen²⁴) bevatten en wel om de volgende reden. 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 jegens elkaar 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 art. 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.²⁵ In titel 7.15 BW staan de begrippen 'vaststellingsovereenkomst', 'beslissing' en 'vaststelling' centraal. De 'vaststellingsovereenkomst' is de meerzijdige rechtshandeling²⁶ waarbij de 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. Als 'beslissing'

heeft te gelden het door de geschillencommissie of de commissie van beroep uitgebrachte bindend advies en de 'vaststelling' staat voor de rechtstoestand die door de nakoming van de op de vaststellingsovereenkomst gebaseerde beslissing wordt bereikt.²⁷ Het is van groot belang deze begrippen goed van elkaar te onderscheiden voor een juist begrip van de hierna nog te bespreken cruciale art. 7:902 en 7:904 uit titel 7.15 BW. Een vaststellingsovereenkomst is dus, zoals reeds gezegd, een obligatoire overeenkomst in de zin van art. 6:213 BW. Dientengevolge is ook titel 5 van Boek 6 BW en meer in het bijzonder art. 6:231 e.v. BW van toepassing. De reglementbepalingen zijn opgesteld teneinde in een aantal vaststellingsovereenkomsten te worden opgenomen en maken daar bij aanvaarding door de consument deel van uit²⁸, waardoor deze aldus als algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 onder a BW kunnen worden beschouwd en waardoor de regeling ter zake de algemene voorwaarden (afdeling 3) van toepassing is. Mijn kritiek op art. 22 is gelegen in het feit dat niet duidelijk is geformuleerd wanneer een met een uitspraak gemoeid belang voor de aangeslotene en/of de bedrijfstak in haar algemeenheid, de grens van € 5 000 000 zal overschrijden. Gezien art. 6:238 lid 2 BW, zal in dat geval bij de uitleg van art. 22 dienen 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.

Het voorgaande brengt, gezien de uitspraak van het *Mostaza Claro*-arrest van het Europese Hof van Justitie, overigens ook met zich mee dat de geschillencommissie en de commissie van beroep 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

2.3. Het reglement van beroep

In de inleiding is vermeld dat het KiFiD bij persbericht van 9 november 2007 bekend heeft gemaakt 'dat tegen een uitspraak van de Geschillencommissie voortaan hoger beroep zal openstaan bij de (nog te formeren) Beroepscommissie Kifid wanneer het gaat om klachten of uitspraken van de commissie met een financieel belang van meer dan € 25.000'.

22. De bepaling is overigens vernummerd van art. 22 lid 1 (oud) naar art. 22 lid 2 in het vernieuwde reglement geschillencommissie.

23. J.G.C. Kamphuisen, 'Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten', *AV&S* 2008, p. 89.

24. 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.

25. 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 art. 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, p. 61 e.v.

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

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, p. 169-181.

28. Onderdeel van de aanmelding van een klacht bij het KiFiD en dus ook onderdeel van de vaststellingsovereenkomst is immers de verklaring van de consument dat deze de bepalingen van het reglement van de geschillencommissie dan wel de commissie van beroep als bindend aanvaardt.

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

Dat dit persbericht wellicht iets te algemeen is geformuleerd, blijkt uit art. 5 van het nieuwe reglement van beroep, waarin de taak en bevoegdheid van de commissie van beroep staan beschreven. Lid 1 van voornoemd art. 5 bepaalt immers 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 lid 2 van bovengenoemd art. 5. Het moge duidelijk zijn dat deze bepaling samenhangt met het hierboven besproken art. 22 van het reglement geschillencommissie en dat de daar aangevoerde kritiek ook hier geldt.

Ten slotte staat ingevolge art. 5 lid 5 zowel voor de consument als de aangeslotene beroep open tegen een beslissing van de geschillencommissie, ongeacht of aan de vereisten van de eerste twee leden van dit artikel is voldaan, wanneer de geschillencommissie zulks in haar uitspraak heeft bepaald, omdat het belang van de 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.³⁰

Ook de commissie van beroep doet haar uitspraak in beginsel in de vorm van een bindend advies.³¹ Een uitspraak van de commissie van beroep is voor partijen echter niet bindend, indien daarin aan hoofdsom (exclusief verzekeringsrente 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.³²

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.³³

3. VOLDOET HET KIFID ALS ERKENDE GESCHILLENINSTANTIE NA DE REGLEMENTSWIJZIGINGEN NOG WEL AAN DE IN ART. 45 VAN HET BGFO GESTELDE EISEN?

Zoals reeds gezegd, zijn er in art. 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 Wft³⁴ 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 art. 45 Bgfo in overeenstemming zijn met Aanbeveling 98/257/EEG.³⁵ Ter toelichting: de Europese commissie spant zich in om de kwaliteit en de doeltreffendheid van de alternatieve wijzen van de beslechting van consumentengeschillen te bevorderen³⁶ en heeft daartoe onder meer een tweetal aanbevelingen gedaan betreffende principes en beginselen die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen.³⁷ Voor de procedure bij de geschillencommissie en de commissie van beroep is met name de eerstgenoemde Aanbeveling van de Europese Commissie van belang, omdat deze aanbeveling is geschreven voor buitengerechtelijk 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

30. Art. 5 lid 6 reglement van beroep.

31. Art. 12 lid 1 reglement van beroep.

32. Art. 12 lid 2 reglement van beroep.

33. Art. 12 lid 3 reglement van beroep.

34. *Stb.* 2006, 520, toelichting op art. 45 Bgfo.

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

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

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

uitgangspunten neergelegd in de Aanbeveling van de Europese Commissie komen alle terug in art. 44-47 Bgfo, aldus de toelichting op art. 45 Bgfo.³⁸

Krachtens art. 45 lid 1 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 art. 44 lid 1, 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;
- 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 art. 45 Bgfo.³⁹

Art. 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 art. 10 lid 1 onder a reglement geschillencommissie.⁴⁰ Afgezien van het door hem hieromtrent gestelde, waarvoor ik naar zijn bijdrage verwijs, vraag ik mij af of de gekozen bewoordingen van art. 10 lid 1 onder a in overeenstemming zijn met de bedoeling van de opsteller(s) van het reglement en wel om de volgende reden. Art. 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

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

39. *Stb.* 2006, 520, p. 189.

40. J.G.C. Kamphuisen, a.w., p. 88.

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 art. 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 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 art. 10 lid 1 onder a bepaalde, het geschil gezien art. 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 art. 10 lid 1 onder a af te zien.

Krachtens art. 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 art. 6 lid 1 van het reglement geschillencommissie kan iedere 'consument' zoals bedoeld in art. 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 financiële dienst of elke andere bij een overeenkomst betreffende een financieel product of financiële dienstverlening middellijk of onmiddellijk belanghebbende, indien en voorzover 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 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'.

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 voorgelegd⁴¹, 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.⁴² Uit art. 19 lid 2 reglement geschillencommissie en art. 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 art. 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 zich aan deze gedragscode hebben verbonden.⁴³ Het komt overigens op mij over dat de opstellers van de reglementen niet hebben willen aangeven dat de beide commissies gehouden zijn dan wel de vrijheid hebben af te wijken van het positieve recht bij haar werkzaamheden.⁴⁴ 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.

Art. 45 lid 2 bepaalt dat een erkende geschilleninstantie het reglement, bedoeld in lid 1, beschikbaar dient te houden en het kosteloos op verzoek verstrekt aan iedere belanghebbende. Gezien deze verplichting is het opmerkelijk dat in december 2008 op de website van het KiFiD⁴⁵ nog steeds slechts de oude reglementen terug te vinden waren en van het in werking treden van de nieuwe reglementen per 1 juli 2008 werd op dat moment ook nog geen melding gemaakt. Hiermee is niet gezegd dat het KiFiD in strijd handelt met art. 45 lid 2 Bgfo. Immers, na enige moeite heeft ondergetekende tenslotte ook de concepten van de nieuwe reglementen kosteloos toegestuurd gekregen.⁴⁶ Het ware echter beter geweest indien de nieuwe reglementen op het moment van inwerkingtreding, dat wil zeggen per 1 juli 2008, op de website waren komen te staan.

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

42. *Stb.* 2006, 520, p. 190.

43. Zie ook *Stb.* 2006, 520, p. 191.

44. 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.

45. Onder het kopje 'Reglementen en Statuten': <www.kifid.nl/consumenten/over+kifid/reglementen+en+statuten+>.

46. De definitieve versies van beide reglementen waren begin augustus 2008 nog niet beschikbaar.

Overigens is wel de vraag gerechtvaardigd of het KiFiD consumenten wel een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de reglementen kennis te nemen in de zin van art. 6:233 sub b BW. De reglementen kunnen immers, zoals reeds hierboven gezegd, als algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 onder a BW worden beschouwd, waardoor ook voldaan dient te worden aan het gestelde in art. 6:233 sub b en 6:234 BW.

Concluderend dient de vraag of het KiFiD als erkende geschilleninstantie na de reglementswijzigingen nog wel voldoet aan de in art. 45 van het Bgfo gestelde eisen, negatief te worden beantwoord. Er wordt immers niet voldaan aan art. 45 lid 1 onder b Bgfo. Daarbij dient echter aangetekend te worden dat het oude reglement van de geschillencommissie dezelfde omschrijving van het begrip 'consument' kende als de nieuwe reglementen en de Minister van Financiën bij zijn eerdere erkenning van het KiFiD uitdrukkelijk heeft overwogen dat het toenmalige reglement van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening voldeed aan de in art. 45 van het Bgfo gestelde eisen.

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 art. 45 lid 1 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 regel⁴⁷ 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 worden gevonden in de eerder genoemde art. 7:902 en 7:904 BW.

Art. 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 auteurs⁴⁸ 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.⁴⁹

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.⁵⁰ Broekema-Engelen is stellig: '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.⁵¹ 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.⁵² Het ligt dan wel op de weg van de bindend adviseurs om deze afwijking van dwingend recht goed te motiveren.⁵³ 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 art. 6 EVRM in acht hebben te nemen.⁵⁴ Het is echter de vraag of een beslissing van de geschillencommissie in strijd kan komen met de openbare orde en derhalve nietig is indien bij de totstandkoming daarvan beginselen uit art. 6 EVRM zijn geschonden. Hoewel dat niet voor alle uit art. 6 voort-

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

48. B.J. Broekema-Engelen 1999, a.w., p. 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 & W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 260.

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

50. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 39.

51. B.J. Broekema-Engelen 1999, a.w., p. 177.

52. Aldus art. 6:248 lid 2 BW.

53. 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, p. 5.

54. 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 M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Naar een Klachteninstituut Financiële Dienstverlening*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006, p. 101 e.v.

vloeiende beginselen zal gelden⁵⁵, ben ik gezien de jurisprudentie⁵⁶ en doctrine⁵⁷ 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.⁵⁸ Van belang hierbij is op te merken dat aan art. 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.⁵⁹

De in art. 7:902 BW geboden vrijheid heeft overigens alléén betrekking op de vaststelling (lees: ‘beslissing’) en niet op de vaststellingsovereenkomst.⁶⁰

Naast art. 7:902 BW biedt ook het eerdergenoemde art. 7:904 BW de nodige rechtsbescherming aan de consument. Art. 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.⁶¹ Men komt overigens niet toe aan de vraag of de beslissing strijdig is met art. 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.⁶² Doet de consument echter een beroep op art. 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 art. 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 art. 44-47 Bgfo of omdat bij de behandeling van het geschil niet in overeenstemming met het reglement wordt gehandeld – in strijd handelt met art. 7:904 lid 1 BW.

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 art. 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. Art. 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 bezien 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 art. 6 EVRM niet in acht zijn genomen, dan nog staat de vernietigbaarheid van de beslissing op grond van art. 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

55. R.A. Lawson, ‘Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid’, *TvA* 1996-4, p. 158 e.v.

56. 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*).

57. Zie onder meer H. van Houtte, ‘De internationalisatie van de openbare orde’, in: *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne: Kluwer 2000, p. 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, p. 9-16, M. Freudenthal, ‘Openbare orde of algemene processuele beginselen?’, *TCR* 2007-3, p. 71-77 en L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 52-53.

58. Zie hieromtrent ook de Toelichting Meijers, p. 1141 e.v.

59. 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*).

60. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 39. Anders: J.G.C. Kamphuisen, ‘Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten’, *AV&S* 2008, p. 89.

61. De regel vervat in art. 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, p. 41.

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

uit jurisprudentie van de Hoge Raad.⁶³ 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 art. 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.⁶⁴ 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.⁶⁵ 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 art. 45 Bgfo gestelde eisen. Daarbij is ter sprake gekomen dat de uitgangspunten neergelegd in Aanbeveling 98/257/EEG volgens de toelichting op art. 45 Bgfo⁶⁶ alle terugkomen in art. 44-47 Bgfo. In Aanbeveling 98/257/EEG wordt echter ook gesteld dat, als het om een bindend besluit gaat, 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 art. 44-47 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 art. 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.⁶⁷

Opgemerkt dient ten slotte 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.

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

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

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

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

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