

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

Positie Ombudsman Kifid onderwerp van discussie

1. ACHTERGROND EN AANLEIDING

Zoals bekend heeft de Tweede Kamer naar aanleiding van het intreden van de kredietcrisis op 24 juni 2009 een onderzoekscommissie ingesteld¹ met als taak een antwoord te geven op de volgende vraag:

‘Wat zijn de oorzaken van de recente turbulente ontwikkelingen in het financiële stelsel en welke aanbevelingen voor een adequater functionerend financieel stelsel kunnen op grond van de bevindingen worden gedaan?’²

Deze commissie, ook wel bekend als de ‘Tijdelijke Commissie Onderzoek Financieel Stelsel’, maar beter bekend als de ‘commissie-De Wit’, presenteerde op 10 mei 2010 haar onderzoeksbevindingen onder de naam ‘Verloren krediet’.³ De commissie komt in dit rapport met 27 aanbevelingen aan toezichthouders, banken en de politiek. Aanbeveling 21 heeft betrekking op de positie van de Ombudsman Financiële Dienstverlening van het Kifid en luidt als volgt:

‘De commissie beveelt aan om de ombudsman financiële diensten (Kifid) binnen de geheimhoudingsschil van AFM en DNB te brengen. De ombudsman financiële diensten dient daartoe een publiekrechtelijke status te krijgen. Hierdoor kan een effectievere informatie-uitwisseling tot stand komen tussen de toezichthouders en de ombudsman en kunnen prudentiële of gedragsrisico’s in een vroeg stadium worden onderkend en gezamenlijk worden aangepakt.’⁴

In september 2010 heeft de Tweede Kamer een motie tot overneming van het pakket aanbevelingen⁵ met algemene stemmen aangenomen en bij brief van 8 oktober 2010 het kabinet gevraagd een reactie te geven op het rapport. In antwoord daarop heeft het kabinet op 22 december 2010 aan de Tweede Kamer laten weten de aanbevelingen van de commissie-De Wit in de kern te onderschrijven.⁶ Ten aanzien van aanbeveling 21 merkt het kabinet echter het volgende op:

‘Het omvormen van het Kifid tot een zelfstandig bestuursorgaan is een drastische maatregel. Er staan ook andere instrumenten ter beschikking om de door de commissie genoemde aandachtspunten te adresseren, zoals aanpassingen door Kifid zelf ten aanzien van de governance en het stellen van nadere regels. Het kabinet bekijkt op dit moment op welke wijze het functioneren van Kifid kan worden verbeterd, waaronder het verder verbeteren van de informatie-uitwisseling van Kifid aan de toezichthouders en het aanpassen van de governancestructuur. Hiertoe wordt overleg gevoerd met Kifid, DNB en de AFM. Indien nodig, zullen de eisen die in de regelgeving worden gesteld voor de erkenning van geschilleninstanties in de zin van de Wft worden aangescherpt.’⁷

Op 7 maart 2011 heeft er een notaoverleg plaatsgevonden over deze kabinetsreactie. Tijdens dit overleg is ook bovengenoemde aanbeveling 21 onderwerp van gesprek geweest. Ter zake deze aanbeveling en de vraag die tijdens dit overleg aan de orde is of de ombudsfunctie van de Ombudsman Financiële Dienstverlening een functie is die uit de governancestructuur van het Kifid getild kan worden teneinde deze publiekrechtelijk te maken, merkt de Minister van Financiën op dat het publiekrechtelijk maken van een geschillenbeslechter buiten de rechter om volgens zijn juristen in strijd met de Grondwet is.⁸ Bij brief van 15 maart 2011 aan de Tweede Kamer zegt de Minister van Financiën evenwel toe de mogelijkheden om de Ombudsman Financiële Dienstverlening een publiekrechtelijke status te geven te zullen gaan onderzoeken en daarbij tevens te bezien wat de rol van de Ombudsman dan zou moeten zijn.⁹

In afwachting van de uitkomsten van dit onderzoek is er eind mei 2011 nieuwe politieke onrust ontstaan over de positie van het Kifid in het algemeen en die van de Ombudsman Financiële Dienstverlening in het bijzonder. Aanleiding is dit keer een aantal berichten in het Finan-

* Mr. D.P.C.M. Hellegers is universitair docent privaatrecht bij de Open Universiteit, onderzoeker bij het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS), bindend adviseur en schrijft een proefschrift over het Kifid.

1. *Handelingen II* 2008/09, 98, p. 7741.
2. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 980, nr. 4, p. 29.
3. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 980, nr. 4.
4. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 980, nr. 4, p. 22.
5. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 980, nr. 13.
6. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 980, nr. 16, p. 3.
7. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 980, nr. 16, p. 23-24.
8. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 18, p. 55.
9. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 38, p. 8.

cieele Dagblad.¹⁰ Een aantal Kamerleden ziet in de berichten een aanwijzing dat het Kifid en de Ombudsman niet onafhankelijk (kunnen) werken en heeft om die reden aan de minister gevraagd haast te maken met maatregelen teneinde de onafhankelijke positie van het Kifid in het algemeen en de Ombudsman Financiële Dienstverlening in het bijzonder te borgen.¹¹ Daarom heeft de minister een korte update van de stand van zaken gegeven en gemeld:

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

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

In een tweede scenario komt het qua onafhankelijkheid ongeveer op hetzelfde neer. De ombudsman zou dan een RWT, een rechtspersoon met een wettelijke taak, omvatten. Dat heeft wat nadelen omdat de overheid dan waarschijnlijk moet mee financieren. Wij kunnen waarschijnlijk de financiering niet bij de financiële sector leggen.

Een en ander staat natuurlijk haaks op de compacte overheid. Dat is wat ingewikkeld. Waarschijnlijk is de onafhankelijkheid van de ombudsman in beide scenario’s geborgd. Dat zijn wij nu aan het onderzoeken.¹²

2. VERKENNING PUBLIEKRECHTELIJKE STATUS VAN HET KIFID: DE ONDERZOEKSRESULTATEN

In overeenstemming met zijn toezegging heeft de Minister van Financiën deze zomer de uitkomsten van zijn onderzoek naar een mogelijke publiekrechtelijke status van het Kifid geopenbaard. In zijn brief van 30 juni aan de Tweede Kamer¹³ schrijft hij in het kader van zijn verkenning drie opties nader te hebben onderzocht. Het uitgangspunt bij deze opties is dat de Ombudsman, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep volledig onafhankelijk hun taak uit moeten kunnen oefenen.

De eerste optie is dat Kifid een private stichting blijft, waarbij echter aanpassingen worden gedaan om de onafhankelijkheid van het bestuur te borgen. De tweede optie bestaat uit een private vormgeving met een aantal publiekrechtelijke waarborgen met betrekking tot de onafhankelijkheid van het bestuur en adequate financiering. De derde optie is een volledige publiekrechtelijke vormgeving. De minister stelt de verschillende opties te hebben beoordeeld aan de hand van de volgende criteria:

- onafhankelijke geschillenbeslechting: onafhankelijk van zowel sector als politiek;
- concentratie geschillenbeslechting: het tegengaan van versnippering;
- doelmatigheid: laagdrempelige adequate geschillenbeslechting;
- transparantie: transparant over functioneren en een goede informatie-uitwisseling met toezichthouders;
- borging belangen van de consument;
- financiering: uitgangspunt is dat de sector zo veel mogelijk zelf financiert;
- termijn waarop veranderingen kunnen worden doorgevoerd;
- administratieve lasten en passend in overheidsbeleid.¹⁴

Na afweging van de verschillende voor- en nadelen komt de minister – waarschijnlijk mede op basis van een recent advies van A.H. van Delden¹⁵ – tot de conclusie dat hij voornemens is om in te zetten op de private vormgeving met een aantal publiekrechtelijke waarborgen. Gezien de brief van de minister is onder meer te verwachten dat:

- van het bestuur van het Kifid zal worden verlangd dat de statuten van het Kifid op zodanige wijze worden aangepast dat er een evenwichtige samenstelling dient te zijn van het bestuur (neergelegd in een profielschets), waarbij bestuursleden niet werkzaam

10. Zie: ‘Financieel klachtenloket wimpelt veel klagers af’, *FD* 21 april 2011; ‘Banken hinderen Ombudsman’, *FD* 30 mei 2011; ‘Betalers bepaalt bij Kifid’, *FD* 30 mei 2011 en ‘Financiële Ombudsman is nu papieren tijger’, *FD* 31 mei 2011.

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

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

13. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 52.

14. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 52, p. 3.

15. A.H. van Delden, *Advies Kifid procedures en governance*, 29 november 2010, <www.kifid.nl/overkifid/publicaties/interne-adviezen>.

- mogen zijn, of in de drie voorafgaande jaren zijn geweest, bij financiële ondernemingen of diens brancheorganisatie;
- bovendien in de statuten zal worden geregeld dat deze niet kunnen worden aangepast zonder toestemming van de Minister van Financiën;
 - bestaande benoemingsrechten van de brancheverenigingen zullen worden afgeschaft;
 - Kifid voortaan goedkeuring van de Minister van Financiën dient te hebben voor de samenstelling van de profielschets en de benoeming van de voorzitter van het bestuur;
 - Kifid voortaan de Minister van Financiën zal moeten raadplegen bij de benoeming van de Ombudsman, en;
 - de in de erkenningsvereisten opgenomen bepalingen ten aanzien van de onafhankelijkheid van het bestuur en de deskundigheid van diegenen die de geschillen behandelen worden aangepast;
 - de begroting van het Kifid voortaan goedkeuring behoeft van de Minister van Financiën.¹⁶

3. OMBUDSMAN FINANCIËLE DIENSTVERLENING ONVOLDOENDE ONAFHANKELIJK?

Het bovenstaande roept de vraag op of het zo slecht was gesteld met de organisatie van het Kifid in het algemeen en de onafhankelijkheid van het instituut en haar organen in het bijzonder. Ik denk het niet. Dat de Ombudsman Financiële Dienstverlening wellicht door deze en gene is tegengewerkt en onder druk is gezet (hetgeen wordt gesteld in het *FD*), geeft op zich nog geen reden te twijfelen aan zijn onafhankelijkheid. Daar komt bij dat de onafhankelijkheid van de ‘rechtsprekende organen’ van het Kifid, waaronder die van de Ombudsman Financiële Dienstverlening, op dit moment al is geborgd in voorschriften en reglementen op een wijze die in overeenstemming is met de gangbare, mede door de Europese Commissie aanbevolen, regels teneinde de onafhankelijkheid van buitengerechtelijke geschillenbeslechteers te waarborgen.¹⁷ De kritiek op de Ombudsman kan dan ook niet met recht worden gegrond op onvoldoende borging van zijn onafhankelijkheid, maar wellicht wel op veronachtzaming van zijn taak. Wat is namelijk het geval: de taak en werkwijze van de Ombudsman Financiële Dienstverlening zijn vastgelegd in een reglement, het Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening. In dat reglement is ten eerste nadrukkelijk opgenomen dat de Ombudsman geen klachten of geschillen behandelt welke door belangverteenwoordigende personen of organisaties voor een groep of groepen consumenten worden ingediend.¹⁸ Voorts bepaalt het reglement¹⁹ dat de Ombudsman zich

bij een geschil slechts mag 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’. Dat is wat rechtzoekenden derhalve ook verwachten van de Ombudsman. Bij zijn zoektocht naar een collectieve oplossing voor de woekerpolisproblematiek heeft de Ombudsman zich niet gehouden aan deze taak, zo blijkt uit het jaarverslag van het Kifid over 2009. Hierin zegt de Ombudsman:

‘Bovendien raakte ik betrokken bij een aantal zogenoemde “class actions”, groepsclaims, terwijl het reglement van de Ombudsman Financiële Dienstverlening mij expliciet verbiedt me daarmee in te laten. Toch ontstond daar een grote vraag naar, omdat er in de financiële markt in feite maar één buitengerechtelijke instantie voor geschilbeslechting aanwezig is, namelijk Kifid. De Ombudsman Financiële Dienstverlening is dan de eerst aangewezen om aan een dergelijke oproep gehoor te geven. Het reglementair verbod op groepsclaims werd in die gevallen omzeild door de geschilpartijen met de behandeling van zogenoemde voorbeeldzaken akkoord te laten gaan, waardoor dan een proefprocesachtige behandeling ontstond, die in oordelen eindigde die hun weg in de markt vonden. Werd op een dergelijke wijze een geschil opgelost, dan gaf mij dat uiteraard voldoening, maar minder plezierig was het wanneer na enige tijd werd vergeten dat de Ombudsman een bemiddelaar is en een zo breed mogelijk aanvaard compromis moet sluiten, met alle omstandigheden rekening houdend.²⁰

Met Van Delden ben ik het eens dat te begrijpen valt dat de Ombudsman zich destijds geroepen voelde om in de zoektocht naar een collectieve oplossing voor de woekerpolisproblematiek ‘een in de markt gesignaleerde leemte te vullen’²¹ en hij daarom de grenzen van zijn reglement heeft opgezocht. Schadelijker is echter dat op grond van bovenstaand citaat uit het jaarverslag kan worden geconcludeerd dat de reeds veel bekritiseerde Aanbeveling van de Ombudsman van 4 maart 2008, bekend geworden als de ‘Wabekenorm’ voor woekerpolissen, kennelijk niet tot stand is gekomen op grond van de in artikel 4 onder g Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening genoemde objectieve en toetsbare normen, maar de uitkomst is van een zoektocht van de Ombudsman naar een zo breed mogelijk aanvaard compromis. Het is derhalve goed te begrijpen dat er twijfel en discussie is gerezen over de taak en rol van de Ombudsman.

16. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 52, p. 3 e.v.

17. Zie Aanbeveling 98/257/EG betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen en dan meer in het bijzonder de daarin genoemde maatregelen teneinde de onafhankelijkheid te waarborgen. Zie hierover ook mijn eerdere bijdrage in dit tijdschrift: D.P.C.M. Hellegers, ‘De geschillenbeslechting bij het Kifid nader beschouwd’, *NTHR* 2009-1, p. 1-10.

18. Artikel 4 onder e Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening.

19. Artikel 4 onder g Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening.

20. *Jaarverslag Kifid 2009*, p. 22-23, <www.kifid.nl/fileupload/Jaarverslag_2009.pdf>.

21. A.H. van Delden 2010, p. 6.

De thans voorgestelde maatregelen bieden hier echter geen bescherming tegen. Dat neemt niet weg dat er bij en rondom het Kifid nog genoeg te verbeteren valt, zo blijkt uit de literatuur en het advies van Van Delden.²² Kifid heeft inmiddels zelf een aantal lessen getrokken uit het recente tumult, zo blijkt uit het voorwoord van het in juli verschenen jaarverslag over 2010:

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

Onafhankelijkheid

De kritiek spitst zich toe op de organisatorische en financiële invloed van de branche bij Kifid. De uitvoering van de klachtenbehandelingen zou worden gekneveld door de belangenorganisaties van financiële dienstverleners. De achterliggende vrees is: “wie betaalt, bepaalt”. Alle betrokken partijen verenigd in Kifid zijn zich vanaf 2007 zeer bewust van deze paradox. Echter, in de organisatorische constructie en de werkwijze van Kifid staat de Onafhankelijkheid van de Ombudsman Financiële Dienstverlening en die van de leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep buiten iedere twijfel. Samen zorgen zij voor een optimaal afgewogen rechtsbescherming van de consument. De uitspraken van de Commissies worden – geanonimiseerd – gepubliceerd en liggen onder het vergrootglas van de media. Het bestuur hecht grote waarde aan laagdrempelige, deskundige en zorgvuldige afhandeling van klachten van consumenten. Dat is immers de bestaansgrond van Kifid.

Lerende organisatie

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

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

Een van de aanbevelingen is dat het voor de maatschappelijke acceptatie van het Instituut en het consumentenvertrouwen de voorkeur verdient vertegenwoordigers van de brancheorganisaties geen deel meer te laten uitmaken van het bestuur. De bestuursleden van vrijwel alle brancheorganisaties hebben in de bestuursvergadering van maart 2011 hun zetel ter beschikking gesteld. Op basis van een al in gang gezette statutenwijziging komt er, nog in 2011, een onafhankelijk bestuur.²³

De Ombudsman lijkt, wederom gezien het jaarverslag, nu beter gefocust op zijn taak. Hij schrijft:

‘Voor alle duidelijkheid: ik verricht mijn taak in onafhankelijkheid en laat mij slechts leiden door de normen en waarden van het Nederlandse recht.’²⁴

Tot de normen en waarden van het Nederlandse recht behoort ook het beginsel van hoor en wederhoor. Polak en Cnossen²⁵ hebben er terecht al eerder op gewezen dat de Ombudsman zijn oordeel mede kan baseren op gegevens die hij niet ter kennisneming van de geschilpartijen mag brengen, hetgeen in strijd is met het beginsel van hoor en wederhoor. Vooral in geschillen die resulteren in een bindend oordeel²⁶ kan dat echter onaanvaardbaar zijn, zo blijkt nog maar eens uit een zeer recente uitspraak van de Hoge Raad.²⁷ Derhalve sluit ik af met de opmerking dat het mij verstandig lijkt dat het Reglement van de Ombudsman zo spoedig mogelijk op dit punt wordt aangepast.

22. Zie onder meer de volgende kritische beschouwingen: R.W. Polak & B.A. Cnossen, ‘Procederen bij het KiFiD’, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 499-504; J.G.C. Kamphuisen, ‘Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten’, *AV&S* 2008, p. 78-90 en D.P.C.M. Hellegers, ‘De geschillenbeslechting bij het Kifid nader beschouwd’, in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (red.), *Consument en verzekering* (ACIS-serie, deel 2), Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 75-93.

23. *Jaarverslag Kifid 2010*, p. 4-5, <www.kifid.nl/fileupload/Jaarverslag_2010.pdf>.

24. *Jaarverslag Kifid 2010*, p. 4-5, <www.kifid.nl/fileupload/Jaarverslag_2010.pdf>.

25. R.W. Polak & B.A. Cnossen, ‘Procederen bij het KiFiD’, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 501-502.

26. De bevoegdheid daartoe is ontleend aan art. 7 onder b Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening.

27. HR 8 juli 2011, *LJN* BQ5081.