

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-334

d.d. 18 september 2014

(mr. P.A. Offers, voorzitter, mr. B.F. Keulen en drs. L.B. Lauwaars RA, leden en mr. M. van Pelt, secretaris)

Samenvatting

De Commissie is van oordeel dat een redelijk handelend rechtsbijstandverlener bij de behandeling van een rechtsbijstandsverzoek naar alle aspecten van een zaak zal moeten kijken. Dit geldt temeer indien de inkomensbron van de verzoeker tot rechtsbijstand is weggefallen. De rechtsbijstandverlener dient dan niet alleen na te gaan of een ontslagvergoeding kan worden gevorderd, maar zal de verzoeker tot rechtsbijstand ook moeten informeren over de mogelijkheden tot het aanvragen van een WW-uitkering. Waar Consument zelf al een uitkering had aangevraagd, kan dit, voor zover al sprake is van nalatigheid van Aangeslotene niet tot de verplichting om schade te vergoeden leiden. In november 2007 heeft het UWV de aanvraag voor een WW-uitkering afgewezen. Aangeslotene is noch van de aanvraag, noch van de afwijzing op de hoogte gesteld door Consument. Een en ander leidt tot de conclusie dat Aangeslotene ter zake geen verwijt treft en dat de vordering daarom moet worden afgewezen.

Consument,

tegen

ARAG SE, gevestigd te Leusden, hierna te noemen Aangeslotene.

I. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting van Consument met bijlagen, ontvangen op 2 januari 2014;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als bindend zullen aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 20 augustus 2014 te Den Haag en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft een rechtsbijstandsverzekering (hierna: de Verzekering) gesloten bij Aangeslotene.

- 2.2 Bij brief van 25 oktober 2007 heeft Consument bij Aangeslotene gemeld dat zij rechtsbijstand wil ontvangen ten aanzien van een geschil met haar opdrachtgever, [X]. In de brief schrijft ze onder meer het volgende.
- “Naar aanleiding van ons telefoongesprek van hede middag het volgende. Ik ben op onduidelijke redenen ontslagen bij de [X] als distributeur van het [Z]. Op 8 oktober kwam dhr [Y] rajonmanager bij mij thuis met de mededeling dat ik ontslagen was. Hij wilde dat ik een brief tekende dat ik zelf ontslag nam. Ik heb hem verteld dat ik dat niet tekende en hij zei dat ik dan een brief zou krijgen. Die heb ik op 23 oktober ontvangen. Vandaag 25 oktober ben ik naar het cwi gegaan voor een ww uitkering, en heb toen aan de mevrouw die me hielp gevraagd of mijn ontslag aangemeld was bij het cwi. Zij heeft de brief gelezen en mij verteld dat mijn ontslag waarschijnlijk niet bij het cwi is aangevraagd en adviseerde me om rechtshulp inteschakelen. Toen heb ik jullie gebeld.*
- Mijn vraag is kan dit ontslag teruggedraait worden?*
- Zoniet kan je [X] dan een soort “boete” opleggen wegens onterecht ontslag?*
- Kunnen jullie nog wat betekenen voor mij als de ww uitkering geweigerd word?*
- Hoe sterk sta ik in mijn recht tegenover [X] voor eventueel een rechtzaak over mijn ontslag of “boete*
- “Wat kunnen jullie voor mij verder doen*
- “Ik heb altijd begrepen dat een freelancer iemand is die een tijdje werkt en dan een uitkering krijgt en dan als er weer werk is weer bij dezelfde baas gaat werken. Ik ben al vanaf 1989 voor 6 dagen per week aan het werk bij hun. Dan ben ik toch geen freelancer? Moet ik dan niet in vaste dienst zijn met vast minimum salaris?*
- Kan eventueel achterstallig loon worden opgevraagd als ik geen freelancer ben en eigenlijk in vaste dienst was en een vast salaris had moeten krijgen?*
- Ik hoop dat jullie wat kunnen doen. Ik stuur hierbij copy van de [X] en de ontslagbrief en de reactie van mij. Ik hoop op snelle reactie jullie zijds. Bij voorbaat hartelijk dank. Mag ik jullie later eventueel nog eens benaderen voor eventuele vragen?”*
- 2.3 Aangeslotene heeft op 23 januari 2008 een dagvaarding uitgebracht strekkende tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag dan wel een neutrale ontslagvergoeding.
- 2.4 Op 3 maart 2008 heeft de opdrachtgever verweer gevoerd in die procedure.
- 2.5 Bij brief van 17 maart 2008 schreef Aangeslotene aan Consument onder meer het volgende.
- “In bovenstaande zaak refereer ik aan ons telefonisch onderhoud van 17 maart. U deelde mij mede dat de distributieovereenkomst van april 2006 inderdaad door u mede ondertekend is. Over de gewijzigde inhoud bent u niet geïnformeerd.*
- Het geheel overziende concludeer ik dat wij in de procedure niet hard kunnen maken dat u werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst. Beslissend is daarbij de vaststelling dat u niet persoonlijk de diensten behoefde te verrichten. De veronderstelling dat u daartoe niet verplicht was lag al eerder voor de hand maar blijkt nu met zoveel woorden opgenomen in de laatste overeenkomst van april 2006. Dat maakt helaas onze vordering kansloos.*
- Wij hebben de procedure bij de Rechtbank te Amsterdam gestart in verband met de korte en onvolledige reactie van [X] van 19 december 2007. Met de conclusie van de wederpartij hebben wij nu een meer volledig beeld van de situatie.*

Het gegeven dat wel premies SV zijn ingehouden maakt deze zaak niet anders. In het kader van het sociale verzekeringsrecht en het fiscale recht is het begrip dienstbetrekking ruimer dan in het Burgerlijk Wetboek. De wederpartij gaat daarop ook in bij haar conclusie onder 3.14 en 3.15. Ik zal de procedure die nu bij de Rechtbank Amsterdam loopt, intrekken en vervolgens tot sluiting van het dossier overgaan.”

- 2.6 Op 13 juni 2008 heeft Aangeslotene aan Consument het volgende bericht.
*“In bovenstaande zaak bericht ik u voor de goede orde dat de procedure bij de Rechtbank te Amsterdam op 3 april jl. is beëindigd.
Ik ben tot sluiting van het dossier overgegaan.”*
- 2.7 Blijkens de uitspraak van de Rechtbank te Den Haag van 7 augustus 2012, heeft het UWV op 26 november 2007 afwijzend beslist op het verzoek van Consument om een WW-uitkering. Dit besluit is onherroepelijk geworden, nu Consument daartegen niet in bezwaar is gegaan. De Rechtbank oordeelt bovendien dat het besluit niet kan worden heroverwogen in 2012 nu geen sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden. Het besluit van destijds is volgens de rechtbank bovendien niet onmiskenbaar onjuist.

3. **Geschil**

- 3.1 Consument vordert dat Aangeslotene de door haar geleden schade vergoedt. Deze bestaat uit de gemiste WW-uitkering, omdat niet tijdig bezwaar is aangetekend tegen het besluit van het UWV. Consument begroot haar schade op 2 jaar WW-uitkering die 70% van het laatstverdiende loon zou bedragen, in totaal € 16.000,- bruto.
- 3.2 Aan deze vordering legt zij ten grondslag dat:
- Aangeslotene een beroepsfout heeft gemaakt door niet te wijzen op de mogelijkheid tot het ontvangen van een WW-uitkering, althans de mogelijkheid tot bezwaar maken tegen het besluit van het UWV in november 2007, omdat Consument wel degelijk recht had op een WW-uitkering nu zij premies betaalde en haar overeenkomst als fictieve arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Aangeslotene had Consument moeten wijzen op bepaalde rechtsgevolgen bij conflicten met anderen, op fatale termijnen en op de mogelijkheden van bezwaar en/of beroep. Zelfs indien Aangeslotene geen specifiek verzoek krijgt om een advies te geven of een handeling te verrichten zal deze er toch toe moeten overgaan om in algemene termen de mogelijkheden en risico's aan te duiden, en in voorkomend geval moeten aanbieden om daarover te adviseren of een handeling te verrichten, of in voorkomend geval moeten verwijzen naar een andere rechtsbijstandverlener.
- 3.3 Ter zitting heeft Consument bevestigd dat de vordering wegens het niet ontvangen van een ontslagvergoeding is ingetrokken, nu geen sprake was van een arbeidsovereenkomst, maar van een overeenkomst van opdracht.
- 3.4 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.
- Consument heeft nagelaten Aangeslotene in november 2007 op de hoogte te stellen van het afwijzende besluit van het UWV. De bezwaartermijn van 6 weken was al verlopen op het moment dat Aangeslotene kon vaststellen dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst in civielrechtelijke zin. Dat Aangeslotene heeft nagelaten actief te vragen naar de WW-uitkering doet daaraan niet af. Bovendien kan thans niet meer worden vastgesteld of Consument daadwerkelijk recht zou hebben gehad op een WW-uitkering. Aangeslotene stelt dat dit niet het geval is, nu geen sprake is van thuiswerk

4. Beoordeling

- 4.1 Aan de orde is de vraag of Aangeslotene ten onrechte in 2007 heeft nagelaten Consument te wijzen op de mogelijkheid om een WW-uitkering te krijgen.
- 4.2 De Commissie is allereerst van oordeel dat een redelijk handelend rechtsbijstandverlener bij de behandeling van een rechtsbijstandsverzoek naar alle aspecten van een zaak zal moeten kijken. Dit geldt temeer indien de inkomensbron van de verzoeker tot rechtsbijstand is weggefallen. De rechtsbijstandverlener dient dan niet alleen na te gaan of een ontslagvergoeding kan worden gevorderd, maar zal de verzoeker tot rechtsbijstand ook moeten informeren over de mogelijkheden tot het aanvragen van een WW-uitkering.
- 4.3 Aangeslotene heeft met de aanvang van de behandeling van het rechtsbijstandsverzoek in de periode november/december 2007 nog niet met Consument over een mogelijke WW-uitkering gesproken. Waar Consument zelf al een uitkering had aangevraagd, kan dit, voor zover al sprake is van nalatigheid van Aangeslotene niet tot de verplichting om schade te vergoeden leiden. In november 2007 heeft het UWV de aanvraag voor een WW-uitkering afgewezen. Aangeslotene is noch van de aanvraag, noch van de afwijzing op de hoogte gesteld door Consument. Dit heeft tot gevolg dat Aangeslotene niet kon weten dat een afwijzend besluit was genomen. Haar kan daarom niet worden verweten dat niet tijdig bezwaar is gemaakt en dat de afwijzing vervolgens onherroepelijk is geworden.
- 4.4 Een en ander leidt tot de conclusie dat Aangeslotene ter zake geen verwijt treft en dat de vordering daarom moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst als bindend advies de vordering van Consument af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.