

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-219 d.d.
14 juli 2015**

(mr. A.W.H. Vink, waarbij mr. E.E. Ribbers als secretaris)

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Consument heeft in het buitenland gewerkt, eerst op grond van uitleen via zijn besloten vennootschap, daarna volgens zijn stelling op grond van een arbeidsovereenkomst. Als de opdrachtgever (werkgever) de overeengekomen bedragen niet betaalt doet Consument een beroep op rechtsbijstand. Op gegeven moment schakelt hij zelf een advocaat in. Consument verwijt Aangeslotene tekort te zijn geschoten in de rechtsbijstandverlening door onder meer traag te reageren, geen rechtsmaatregelen te nemen en geen subsidiaire vordering in te stellen. De Commissie onderzoekt de elementen van de klacht van Consument en komt tot de conclusie dat Aangeslotene niet is tekortgeschoten. Vordering afgewezen.

Consument,

en

DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij N.V, gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen: Aangeslotene.

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument op 13 februari 2014 ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- de brief van 22 maart 2014 van Consument met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de ter zitting door Consument uitgereikte stukken inzake “voorgeschiedenis” alsmede “bewijsstukken”;
- de brief van 19 februari 2015 van Consument met bijlagen;
- de brief van 2 april 2015 van Aangeslotene met bijlagen.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 14 januari 2015 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1 Consument heeft een rechtsbijstandverzekering, een zogenoemde “DAS RB particulier” (hierna: de “Verzekering”) gesloten bij Aangeslotene.
- 3.2 Consument is directeur en eigenaar van [BEDRIJF] B.V. (“[BEDRIJF]”). Op 24 februari 2006 is tussen [BEDRIJF] en [Bedrijf 1] B.V. (“[Bedrijf 1]”) een service overeenkomst gesloten voor een periode van drie jaar. Vanaf 24 februari 2006 heeft Consument in [plaats], [land], werkzaamheden verricht voor [Bedrijf 1].
- 3.3 Tussen [Bedrijf 1] en Consument is onenigheid ontstaan over de vraag of tussen [Bedrijf 1] en Consument al dan niet sprake was van een arbeidsovereenkomst alsmede over achterstallige betalingen van [Bedrijf 1] aan Consument. Consument heeft in december 2009/januari 2010 Aangeslotene verzocht rechtsbijstand te verlenen.
- 3.4 Later in 2010 heeft Consument advocaat mr. D ingeschakeld. Mr. D heeft [Bedrijf 1] gedagvaard en op grond van een tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst een bedrag ter zake van achterstallig salaris en emolumenten gevorderd. Na overleg met Aangeslotene heeft Consument vervolgens besloten de behandeling van de zaak weer aan Aangeslotene over te laten. De behandelaar namens Aangeslotene - mr. S -, heeft daarna op basis van de door mr. D opgestelde dagvaarding en de daarin genoemde gronden de conclusie van repliek ingediend en een bedrag van €298.415,67 gevorderd. De Kantonrechter heeft in zijn u[Bedrijf]praak van 13 juli 2011 bepaald dat de tussen [Bedrijf 1] en [BEDRIJF] gesloten service overeenkomst moest worden beschouwd als een overeenkomst van opdracht en dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen [Bedrijf 1] en Consument. De Kantonrechter wees vervolgens de vordering van Consument af.
- 3.5 In een e-mail van 2 juli 2010 schrijft [Bedrijf 1] onder meer het volgende aan [BEDRIJF]:
“(....)
Volgens onze boeken staat er een bedrag open van €52.689,16 te weten
 - €42.407,65 achterstallig salaris [land] Branch
 - €10.281,51 expensesDaarnaast wordt er 16 keer €500 = €8.000,- betaalbaar zodra je de nieuwe Services Agreement ondertekent.
“(....)”
- 3.6 [Bedrijf 1] is in staat van faillissement verklaard.

4. Geschil

4.1 Consument vordert dat Aangeslotene primair gehouden wordt tot het betalen van een bedrag van €463.702,31, subsidiair €336.761,25, meer subsidiair €201.558,84 en nog meer subsidiair €116.294,84 telkens vermeerderd met de wettelijke verhoging van 50% op grond van artikel 7:625 Burgerlijk Wetboek (“BW”) en met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119 BW zowel van het achterstallige loon (inclusief vakantiegeld en het loon van openstaande vakantiedagen) en van de wettelijke verhoging daarvan als van de maandelijkse WW-uitkeringen.

4.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consument en niet heeft voldaan aan de Kwaliteitscode voor Rechtsbijstandsverzekeraars 2014 zoals opgesteld door het Verbond van Verzekeraars. Consument voert in dit verband het volgende aan:

- door Aangeslotene is bij de Kantonrechter slechts één e-mailbericht (van 16 januari 2008) in het geding gebracht om te bewijzen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen [Bedrijf 1] en Consument. Er waren meerdere bewijsstukken en de voormalig directeur van een dochteronderneming van [Bedrijf 1] had als getuige kunnen worden opgeroepen. Aangeslotene heeft hiermee onvoldoende gedaan en daarmee niet in het belang van Consument gehandeld;
- Aangeslotene heeft nooit enige analyse gemaakt van de service overeenkomst (24 februari 2006 t/m 31 maart 2007) ten opzichte van de overeengekomen arbeidsovereenkomst (vanaf 1 april 2007) die [Bedrijf 1] uiteindelijk per 31 juli 2010 eenzijdig heeft beëindigd;
- gezien het feit dat Consument in 2010 al geruime tijd zonder inkomen zat, had Aangeslotene een kort geding tegen [Bedrijf 1] moeten starten in plaats van voor een bodemprocedure te kiezen;
- Consument was gedwongen om mr. D in te schakelen omdat de opvolgende behandelaar van Aangeslotene (mr. H) de door Consument met zijn voorganger gemaakte deadlines niet nakwam en traag of helemaal niet reageerde op vragen en hij in tijdnood kwam. Ondanks het inschakelen van mr. D en het feit dat hij de dagvaarding schreef, bleef Aangeslotene leidend in de procedure en werd alles in overleg met haar behandeld;
- de bewering van Aangeslotene dat het hoger beroep is geëindigd na het faillissement van [Bedrijf 1], is onjuist. Er is nooit hoger beroep ingesteld;
- ondanks het feit dat Aangeslotene leidend was in de procedure bij de Kantonrechter vond zij het niet nodig om bij de comparitie in maart 2011 aanwezig te zijn. Zij had daar wel aanwezig moeten zijn en had zo kennis kunnen nemen van het verweer van [Bedrijf 1] en daarmee haar voordeel kunnen doen;
- Aangeslotene heeft geen actie ondernomen om subsidiair het tot 1 augustus 2010 achterstallige loon veilig te stellen, er was immers vanaf 1 april 2007 sprake van een arbeidsovereenkomst. Er is bijvoorbeeld geen incassoprocedure gestart en er zijn geen conservatoire maatregelen genomen. Consument wijst in dit verband tevens op een e-mail van 2 juli 2010 van [Bedrijf 1] waarin volgens hem [Bedrijf 1] erkent een bedrag van €52.689,16 verschuldigd te zijn. Consument heeft in diverse e-mails aangedrongen

op het veilig stellen van dit bedrag. Verder is Consument door Aangeslotene ook niet verteld dat de vordering van €52.689,16 wellicht te hoog was voor de Kantonrechter maar dan had er in ieder geval wel €25.000,- gevorderd kunnen worden. Consument stelt verder dat Aangeslotene hem had moeten adviseren om de vordering van €52.689,16 van [BEDRIJF] naar hem in privé te cederen.

- 4.3 Aangeslotene bestrijdt dat zij toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consument. In dit kader voert zij het volgende aan:
- Consument heeft zich in januari 2010 tot Aangeslotene gewend. In eerste instantie is de zaak behandeld door mr. R. Deze werd echter ziek. Door de ziekte van mr. R is de behandeling bij aanvang niet heel voortvarend geweest. De zaak is daarna overgenomen door mr. H. Consument heeft zich in oktober 2010 zonder vooroverleg met Aangeslotene tot een externe advocaat - mr. D - gewend. Daarvoor bestond volgens Aangeslotene geen noodzaak. Toen de inschakeling van mr. D bij Aangeslotene bekend werd heeft mr. H Consument geïnformeerd dat Aangeslotene niet bereid was de kosten van mr. D te vergoeden. Daarna werd langere tijd niets van Consument vernomen totdat hij op 21 februari 2012 aan de directie van Aangeslotene meldde ontevreden te zijn. Vóór die tijd was Aangeslotene niet op de hoogte van enige onvrede bij Consument en kon zij daarop derhalve ook geen actie ondernemen. Dat Aangeslotene ook bij en na de inschakeling van mr. D steeds in the lead zou zijn, is onjuist. Mr. D koos ervoor om namens Consument in privé te vorderen op de grondslag dat sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst met [Bedrijf I]. Bij het concipiëren van de dagvaarding was Aangeslotene niet betrokken. In die procedure werd betaling van achterstallig loon en doorbetaling van toekomstig loon gevorderd. Op het moment dat bij de Kantonrechter een conclusie van repliek moest worden ingediend verzocht Consument Aangeslotene om de rechtsbijstand weer over te nemen. Aangeslotene heeft dat gedaan, de al door mr. D gestarte procedure is door mr. S voortgezet en de vordering is bij conclusie van repliek vermeerderd;
 - Consument heeft er zelf voor gekozen om zich bij de comparitie te laten vertegenwoordigen door mr. D. Op dat moment had Consument Aangeslotene nog niet verzocht de behandeling over te nemen, dat heeft hij pas na de comparitie gedaan;
 - mr. S heeft inderdaad slechts één stuk bij de Kantonrechter ingebracht. Meer was echter niet nodig omdat de door Consument relevant geachte stukken al eerder in het bezit van de rechter waren gesteld door mr. D. De service overeenkomst was al door [Bedrijf I] ingebracht. Consument heeft mr. S niet gevraagd de voormalig directeur van en dochteronderneming van [Bedrijf I] als getuige op te roepen. Mr. S zag zelf daartoe geen reden omdat niet duidelijk was wat deze getuige zou kunnen toevoegen. Overigens heeft mr. S de repliek in nauw overleg met Consument opgesteld. Uit e-mailberichten van 11 en 13 mei 2011 van Consument aan mr. S blijkt de tevredenheid van Consument. Aangeslotene legt deze e-mailberichten over;
 - de service overeenkomst is in het kader van de procedure bij de Kantonrechter wel degelijk aan alle kanten bekeken door Aangeslotene. Alle punten uit die overeenkomst die mogelijk aanleiding zouden kunnen geven tot de aanname dat sprake was van een arbeidsovereenkomst, zijn bekeken en uitvoerig besproken met Consument. Ook de situatie vanaf 1 april 2007 is onderzocht;

- namens Consument is wel degelijk achterstallig salaris geclaimd. Dat was de basis van de dagvaarding en bleef al die tijd de inzet van de vordering. Mr. S heeft op verzoek van Consument de vordering in de repliek vermeerderd. Voor zover Consument bedoelt dat Aangeslotene heeft nagelaten een andere subsidiaire vordering in te dienen is het voor Aangeslotene onduidelijk waarop hij doelt. Aangeslotene is ook niet bekend met herhaalde verzoeken van Consument tot het instellen van een subsidiaire vordering. Voor zover wordt gedoeld op het in het door Consument overgelegde e-mailbericht van 2 juli 2010 genoemde bedrag van €52.689,16 wijst Aangeslotene erop dat dit bedrag door [Bedrijf 1] aan [BEDRIJF] was verschuldigd uit hoofde van de service overeenkomst terwijl door Consument in privé werd geprocedeerd bij de Kantonrechter. Consument was u[Bedrijf]luitend als particulier bij Aangeslotene verzekerd en kon alleen aanspraak maken op rechtsbijstand in zijn particuliere hoedanigheid. [BEDRIJF] was niet verzekerd bij Aangeslotene. Verder liep de arbeidsrechtprocedure bij de Kantonrechter. Gezien de in 2010 geldende competentiegrens van de Kantonrechter van €5.000,- had de vordering tot dat bedrag beperkt moeten worden. Aangeslotene heeft Consument ook geen advies gegeven om de vordering van [BEDRIJF] ter grootte van €52.689,16 aan Consument in privé te cederen omdat in 2010 de competentiegrens bij de Kantonrechter nog €5.000,- was. Verder was er in 2010 nog niets bekend over een naderend faillissement van [Bedrijf 1]. Daarnaast had Aangeslotene in geval van een cessie geen rechtsbijstand verleend. Zij verwijst naar artikel 8 sub g van de toepasselijke algemene voorwaarden;
- nadat de Kantonrechter de vordering van Consument op [Bedrijf 1] had afgewezen is in overleg met Consument een externe advocaat – mr. E – ingeschakeld, met het verzoek hoger beroep aan te tekenen. Mr. E schrijft in een brief van 12 december 2011 aan Aangeslotene dat hoger beroep is ingesteld maar dat [Bedrijf 1] tijdens die procedure failliet ging;
- een kort gedingprocedure was niet aan de orde omdat de zaak daarvoor veel te complex was, ook mr. D heeft dat ingezien. Ook conservatoir beslag had niets opgeleverd. De vordering was immers door de Kantonrechter afgewezen. Verder was de vraag of conservatoir beslag gezien de onduidelijkheid zou zijn toegestaan. Ten slotte wijst Aangeslotene erop dat Consument zijn vordering zelf 14 maanden had laten oplopen voordat hij zich tot Aangeslotene c.q. de rechter wendde;
- Aangeslotene stelt vast dat Consument zijn vordering op haar tussentijds heeft verhoogd. Zij wijst erop dat het toepasselijke Reglement geen regeling kent voor tussentijdse verhoging van de vordering. De Commissie dient daarom de verhoging van de vordering af te wijzen. Hiernaast wijst Aangeslotene erop dat de vorderingen van Consument zijn gebaseerd op loon. De Kantonrechter heeft het bestaan van een arbeidsovereenkomst juist afgewezen zodat van loonschade geen sprake kan zijn.
- causaal verband tussen het handelen van Aangeslotene en de door Consument geclaimde schade is niet door hem aangetoond.

5. Beoordeling

5.1 De vraag waarvoor de Commissie zich gesteld ziet is of Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichtingen uit hoofde van de Verzekering. Bij de beantwoording van deze vraag gaat de Commissie uit van de onder 3 weergegeven feiten.

5.2 Bewijsmiddelen

Consument stelt dat Aangeslotene in de procedure bij de Kantonrechter slechts één e-mailbericht heeft ingebracht om te bewijzen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen Consument en [Bedrijf 1]. Verder heeft Aangeslotene nagelaten de voormalig directeur van een dochteronderneming van [Bedrijf 1] als getuige op te roepen. Aangeslotene erkent dit maar wijst erop dat het indienen van méér bewijsstukken ook niet nodig was omdat mr. D dat al had gedaan. Verder was niet duidelijk wat de betreffende voormalig directeur met een verklaring zou kunnen toevoegen. De Commissie stelt vast dat Consument mr. D heeft ingeschakeld en dat mr. D ervoor heeft gekozen om namens Consument bij de Kantonrechter een vordering in privé uit hoofde van een arbeidsovereenkomst met [Bedrijf 1] in te stellen. Aangezien mr. D de dagvaarding heeft opgesteld ligt het voor de hand dat hij ter onderbouwing van de vordering daarbij de noodzakelijke bewijsmiddelen bij de Kantonrechter zou inbrengen. Dat mr. D dat mogelijk niet of in onvoldoende mate heeft gedaan is niet aan Aangeslotene toe te rekenen. Overigens blijkt uit het vonnis van de Kantonrechter van 13 juli 2011 dat mr. D wel degelijk bewijsstukken heeft ingebracht. Wat betreft het oproepen als getuige van een voormalig directeur van een dochteronderneming van [Bedrijf 1] geldt dat ook mr. D erkennelijk voor heeft gekozen deze getuige niet op te roepen. Hiernaast heeft Consument niet nader onderbouwd wat de verklaring van deze voormalig directeur zou kunnen toevoegen in het kader van de procedure bij de Kantonrechter. Dit onderdeel van de klacht kan dan ook niet tot het oordeel leiden dat Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekort is geschoten.

5.3 Analyse service overeenkomst

Volgens Consument heeft Aangeslotene nooit enige analyse van de service overeenkomst gemaakt ten opzichte van de arbeidsovereenkomst. Aangeslotene heeft dit gemotiveerd betwist. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene in de procedure bij de Kantonrechter werd betrokken toen er een conclusie van repliek werd ingediend. Uit de door Aangeslotene ingediende conclusie van repliek blijkt dat Aangeslotene de service overeenkomst en de situatie na 1 april 2007 wel degelijk heeft onderzocht ter onderbouwing van haar stellingen. De Commissie merkt verder op dat Consument zijn stelling ook niet nader heeft onderbouwd in die zin dat hij niet concreet stelt welke inhoudelijke argumenten volgens hem nog hadden moeten worden aangedragen en hoe en waarom dat tot een ander oordeel van de Kantonrechter zou hebben geleid. Dat en, zo ja, waarom en in hoeverre Aangeslotene dienaangaande een verwijt kan worden gemaakt kan dan niet worden aangenomen.

5.4 Kort geding?

Consument stelt dat hij 2010 al geruime tijd zonder inkomen zat en dat Aangeslotene een kort geding tegen [Bedrijf I] had moeten starten in plaats van voor een bodemprocedure te kiezen. Aangeslotene wijst erop dat de zaak te complex was om een kort geding te starten en dat mr. D dat ook heeft ingezien. Verder twijfelt zij aan de spoedeisendheid van de zaak. De Commissie stelt vast dat Consument mr. D heeft ingeschakeld en dat mr. D, al dan niet in overleg met Consument, ervoor heeft gekozen geen kort geding te beginnen maar om namens Consument bij de Kantonrechter direct een bodemprocedure te starten. De door mr. D gemaakte keuze valt Aangeslotene niet aan te rekenen. Dit onderdeel van de klacht leidt dan ook niet tot het oordeel dat Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekort is geschoten.

5.5 Inschakeling mr. D.

Volgens Consument was hij genoodzaakt om mr. D in te schakelen omdat Aangeslotene niet of traag reageerde en deadlines niet nakwam. Ondanks dat mr. D was ingeschakeld, bleef Aangeslotene volgens Consument leidend en werd alles in overleg met haar behandeld. Ter onderbouwing van zijn stelling beroept Consument zich op een e-mailbericht van 1 juni 2010 van hem aan mr. R, e-mailberichten van 3 augustus 2010, 30 augustus 2010 en 24 september 2010 van Consument aan Aangeslotene en een brief van 8 oktober 2010 van Aangeslotene aan Consument. Aangeslotene stelt dat Consument mr. D zonder overleg met haar heeft ingeschakeld en dat daartoe geen noodzaak bestond. Zij ontkent leidend geweest te zijn in de periode waarin mr. D was ingeschakeld. De Commissie stelt vast dat in het e-mailbericht van 1 juni 2010 door Consument een concept is opgenomen van een e-mailbericht aan een medewerker van [Bedrijf I] en dat Consument schrijft “Graag zou ik hier nog even met u over praten alvorens deze te verzenden”. Uit dit e-mailbericht blijkt slechts dat Consument met mr. R wilde overleggen over het door hem bijgevoegde concept e-mailbericht. Er volgt op geen enkele wijze uit dat Aangeslotene niet of traag reageerde en deadlines niet nakwam noch dat Consument daarover klaagde. Verder kan de noodzaak om mr. D in te schakelen niet uit dit e-mailbericht worden afgeleid. In zijn e-mailbericht van 3 augustus 2010 reageert Consument op een e-mailbericht van eerder die dag van Aangeslotene waarin mr. H onder meer het volgende schrijft:

“(....)

Zoals eerder telefonisch gemeld zal de DAS geen vergoeding/compensatie bieden voor het inschakelen van een advocaat. (...) U heeft in dit geval op eigen initiatief een advocaat ingeschakeld en de kosten van deze advocaat komen om deze reden niet voor vergoeding in aanmerking.

Ik merk hierbij op dat u een noodzaak voelde om een sommatie te sturen omdat u zelf termijnen heeft gesteld aan uw werkgever. Het lijkt mij verstandig om dergelijke termijnen slechts in overleg te stellen zodat een situatie voorkomen kan worden dat termijnen worden gesteld waar wij geen opvolging aan kunnen geven.

“(....)”

In zijn e-mailbericht van 30 augustus 2010 aan mr. H refereert Consument aan een gesprek dat hij op 21 juli 2010 met mr. H heeft gevoerd en spreekt hij over ingrijpende veranderingen in zijn privé-situatie. Hij geeft aan graag van mr. H te horen. Van spoedeisendheid of het niet-nakomen van afspraken blijkt niets uit dit e-mailbericht. In het e-mailbericht van 24 september 2010 schrijft Consument mr. H het volgende:

“(....)

*Ik heb geen reactie ontvangen over van concept vordering, die ik u toezond conform afspraak. Ik heb deze ook voorgelegd aan [mr. D] en daar is het volgende uit voort gekomen. Gaarne uw commentaar of en/of akkoord. Van daar uit wil ik dan met u afstemmen hoe we verder gaan.
(...)"*

Consument heeft bij deze e-mail een bijlage meegezonden met nog van [Bedrijf I] te ontvangen bedragen. In de brief van 8 oktober 2010 van mr. H aan Consument staat onder meer het volgende:

"(...)

Op 8 oktober 2010 heb ik met u gesproken over de concept-dagvaarding welke ik namens u wilde opstellen. In deze brief bevestig ik ons gesprek.

Afgelopen dinsdag ben ik, zoals afgesproken, aangevangen met het opstellen van een concept. Ik bemerkte echter dat er nieuwe relevante feiten naar boven zijn gekomen welke ik met u wilde bespreken. (...).

In dit gesprek heeft u aangegeven dat u geen twee weken wilde wachten op het concept voor de dagvaarding. U heeft om die reden, zonder dat u mij hiervan op de hoogte heeft gebracht of heeft geconsulteerd, een advocaat ingeschakeld om een concept-dagvaarding voor u op te stellen. Ik vind het jammer dat u het noodzakelijk heeft geacht om een advocaat in te schakelen.

In ons gesprek heb ik wederom aangegeven dat, conform uw polisvoorwaarden, geen advocaatkosten vergoed zullen worden indien u zelf een advocaat inschakelt. (...) Ik merk op dat ik u hier ook schriftelijk op 3 augustus 2010 en mondeling nogmaals op 24 augustus 2010 heb gewezen.(...)

U heeft mij gevraagd of ik de dagvaarding van de advocaat met u door zou willen nemen. Ik ben hiertoe bereid om deze met u door te nemen. Mijn rol zal zich dan beperken tot een adviserende rol.

(...)'

Het bovenstaande overziende is de Commissie van oordeel dat de door Consument overgelegde e-mailberichten en de brief van Aangeslotene van 8 oktober 2010 de stelling van Consument niet aannemelijk maken. Uit de e-mailberichten blijkt dat er wel regelmatig overleg en e-mailberichtverkeer heeft plaatsgevonden tussen Consument en Aangeslotene. Voor zover sprake was van deadlines zijn deze door Consument zelf gesteld en hangen deze niet samen met de procedure bij de Kantonrechter. In de brief van 8 oktober 2010 schrijft mr. H wel dat hij bereid is om de door mr. D opgestelde dagvaarding met Consument door te nemen maar benadrukt hij dat zijn rol dan beperkt is tot een adviserende. Dat Aangeslotene leidend is geweest bij het opstellen van de dagvaarding en het opstarten van de procedure bij de Kantonrechter blijkt niet uit deze stukken. Integendeel, uit de correspondentie blijkt juist dat Consument mr. D heeft gevraagd de dagvaarding op te stellen en dat Aangeslotene daarbij hooguit nog een adviserende rol zou hebben. Aangezien Consument zijn stelling niet verder heeft onderbouwd is deze niet aannemelijk geworden en dient zij te worden verworpen. Dit onderdeel van de klacht leidt dan ook niet tot het oordeel dat Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekort is geschoten.

5.6 Hoger beroep

Volgens Consument is nooit hoger beroep ingesteld. Aangeslotene stelt dat er wel hoger beroep is ingesteld en beroept zich daarbij op een brief van 12 december 2011 van mr. E aan Aangeslotene waaruit dat zou blijken. Volgens Aangeslotene schrijft mr. E in zijn brief van 12 december 2011 aan Aangeslotene onder meer het volgende:

"(...)

*Inmiddels heb ik Hoger Beroep ingesteld van het vonnis van de Kantonrechter, zulks om de rechten van cliënt te sauveren.
(...)"*

Tezamen met het feit dat Consument in zijn brief van 13 februari 2014 aan de Commissie schrijft dat het hoger beroep op verzoek van Aangeslotene wel degelijk is ingesteld acht de Commissie het aannemelijk dat wel hoger beroep wel is ingesteld en dat deze stelling van Consument dient te worden verworpen.

5.7 *Aanwezigheid Aangeslotene bij comparitie*

Volgens Consument was Aangeslotene leidend in de procedure bij de Kantonrechter maar vond zij het desondanks niet nodig om bij de comparitie in maart 2011 aanwezig te zijn. Volgens Aangeslotene was zij niet leidend en vond de comparitie plaats in de periode dat de procedure door mr. D werd behandeld. In overweging 5.5 heeft de Commissie reeds vastgesteld dat Consument niet aannemelijk heeft gemaakt dat Aangeslotene leidend is geweest bij het opstellen van de dagvaarding en het opstarten van de procedure bij de Kantonrechter. Aangezien de comparitie van partijen in maart 2011 plaatsvond in de periode waarin mr. D in opdracht van Consument de zaak behandelde, kan Aangeslotene niet worden verweten dat zij niet bij de comparitie aanwezig was en dient deze stelling van Consument te worden verworpen.

5.8 *Achterstallig salaris. Conservatoire maatregelen*

Consument verwijt Aangeslotene dat zij het tot 1 augustus 2010 achterstallige salaris niet (subsidiar) heeft gevorderd en dat zij geen conservatoire maatregelen heeft genomen om de betreffende bedragen veilig te stellen. Aangeslotene stelt dat zij in de conclusie van repliek wel (mede) achterstallig salaris heeft gevorderd en dat het nemen van conservatoire maatregelen niet tot enig resultaat zou hebben geleid omdat de Kantonrechter nu juist heeft geoordeeld dat géén sprake was van een arbeidsovereenkomst. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene Consument volledig heeft betrokken bij het opstellen van de "conclusie van repliek tevens houdende akte tot vermeerdering van eis". Dit blijkt uit e-mailberichten van 11 mei 2011 en 13 mei 2011 van Consument aan Aangeslotene. Uit deze emailberichten blijkt tevens dat Consument zeer tevreden was met het concept en daarmee heeft ingestemd. Uit de conclusie van repliek blijkt duidelijk dat de bij de dagvaarding ingestelde vordering is verhoogd en dat de vordering ziet op het achterstallige salaris tot 1 september 2010. De stelling van Consument dat Aangeslotene het tot 1 augustus 2010 achterstallige salaris niet heeft gevorderd is derhalve onjuist. Verder geldt dat het in het licht van het oordeel van de Kantonrechter dat géén sprake was van een arbeidsovereenkomst en de vorderingen van Consument zijn afgewezen, niet zonder meer onjuist of onredelijk is te achten dat geen conservatoire maatregelen zijn genomen. Bovendien zouden die conservatoire maatregelen geen enkel effect hebben gesorteerd nu de vordering immers werd afgewezen en [Bedrijf 1] vervolgens is gefailleerd zodat een eventueel beslag nooit geëxecuteerd had kunnen worden en Consument dus ook niet beter af zou zijn geweest als wel conservatoire maatregelen waren genomen. De stelling dat Aangeslotene heeft nagelaten subsidiar een andere vordering in te stellen, begrijpt de Commissie aldus dat Consument vindt dat Aangeslotene bij de Kantonrechter subsidiar betaling van het in het e-mailbericht van 2 juli 2010 van [Bedrijf 1] aan [BEDRIJF] genoemde bedrag van € 52.689,16 had moeten vorderen. Consument miskent daarmee

enerzijds dat hij bij de Kantonrechter in privé procedeerde, terwijl genoemd bedrag kennelijk aan [BEDRIJF] verschuldigd was. Verder geldt dat bij de Kantonrechter ten hoogste een bedrag van € 5.000,00 gevorderd had kunnen worden, omdat anders de rechtbank bevoegd zou zijn geweest. Anders dan Consument meent had de vordering ook niet zonder meer beperkt kunnen worden tot dat bedrag, maar zou de zaak bij betwisting van de grondslag door [Bedrijf I], alsnog zijn verwezen naar de rechtbank tenzij Consument afstand deed van het meerdere, waartoe hij vermoedelijk niet bereid zou zijn geweest. Aangeslotene heeft ook overigens onweersproken gesteld dat Consument uitsluitend in privé bij haar was verzekerd en dat voor [BEDRIJF] geen dekking bestond. Dit onderdeel van de klacht leidt dan ook niet tot het oordeel dat Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekort is geschoten.

- 5.7 De Commissie begrijpt dat het voor Consument frustrerend is dat hij zijn vordering uiteindelijk niet op [Bedrijf I] heeft kunnen verhalen. De oorzaak daarvan is echter primair gelegen in het feit dat hij er niet in is geslaagd om bij de Kantonrechter aan te tonen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst en dat [Bedrijf I] vervolgens is gefailleerd en geen verhaal meer biedt. Zoals hiervoor is overwogen kan de keuze om bij de Kantonrechter op grond van een arbeidsovereenkomst te vorderen niet aan Aangeslotene worden tegengeworpen en is ook overigens niet gebleken dat Aangeslotene ter zake van de wijze van behandeling van de zaak van Consument een verwijt te maken valt. Dit betekent dat de vorderingen van Consument dienen te worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vorderingen 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 u[Bedrijf]praak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan.