

## **Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-252 (mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, en mr. F.M.M.L. Fleskens, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 11 april 2016  
Ingediend door : Consument  
Tegen : Achmea Schadeverzekeringen N.V. Centraal Beheer Divisie Particulieren, gevestigd te Apeldoorn, verder te noemen Verzekeraar  
Datum uitspraak : 18 april 2017  
Aard uitspraak : Bindend advies

### **Samenvatting**

Consument heeft een beroep gedaan op haar rechtsbijstandverzekering in verband met een conflict met haar werkgever over pensioenschade. SAR heeft geen dekking willen verlenen omdat een onafhankelijke advocaat de zaak reeds had geoordeeld dat de zaak geen kans van slagen had. Die advocaat had de zaak van Consument beoordeeld in het kader van een second opinion in een (andere) zaak van Consument die ging over gemaakte advocaatkosten en niet genoten vakantiedagen. De Commissie is van oordeel dat de Rechtsbijstandverzekering alleen dekking biedt ten aanzien van aan de SAR voorgelegde juridische conflicten waarbij voldoende mogelijkheden zijn om het door de verzekerde beoogde resultaat met redelijke kans van slagen te bereiken. Verzekeraar heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat Consument geen beroep kan doen op de geschillenregeling omdat de haalbaarheid van de zaak door een onafhankelijke advocaat is beoordeeld en de geschillenregeling alleen openstaat indien verzekerde van mening verschilt met SAR of een netwerkadvocaat. De vordering wordt afgewezen.

### **I. Procesverloop**

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

- het door Consument ingediende klachtformulier met bijlagen van 8 en 15 april 2016;
- het verweerschrift van Stichting Achmea Rechtsbijstand (verder: SAR) van 27 juni 2016;
- de repliek van Consument van 2 augustus, 8 en 26 september 2016;
- de dupliek van SAR van 28 oktober 2016;
- de reactie van Consument daarop van 2 december 2016, 17 en 19 februari 2017;
- de verklaring van Consument met haar keuze voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

## 2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft bij Verzekeraar een rechtsbijstandverzekering gesloten. Het verlenen van rechtsbijstand heeft Verzekeraar uitbesteed aan SAR. In de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden is – voor zover hier van belang – het volgende bepaald:

### **Artikel 8 – Wie behandelt uw juridisch probleem?**

*8.1 Het uitgangspunt is dat de Stichting de rechtsbijstand zelf verleent. De juridische mogelijkheden worden met u besproken. Daarbij wordt aangegeven of het door u gewenste resultaat met een redelijke kans op succes te bereiken is. Rechtsbijstand wordt slechts verleend als er een redelijke kans is het beoogde resultaat te bereiken.*

[...]

### **Artikel 21 – Geschillen over de behandeling van uw verzoek om rechtsbijstand**

*21.1 Bij de behandeling van uw juridisch probleem door de Stichting of de netwerkadvocaat kan de situatie ontstaan dat u uiteindelijk met de Stichting of de netwerkadvocaat van mening verschilt over de juridische stappen die genomen moeten worden of over de vraag of het door u beoogde resultaat met een redelijke kans van slagen bereikt kan worden. Als het niet mogelijk is dit meningsverschil in overleg met u op te lossen, kunt u binnen zes maanden ná de mededeling van het standpunt van de Stichting of de netwerkadvocaat een beroep doen op de geschillenregeling.*

- 2.2 Consument had een conflict met [naam zorginstelling] (verder: Werkgever) dat heeft geleid tot ontbinding van haar arbeidsovereenkomst per 1 januari 2010. Consument heeft zich in de ontbindingsprocedure op eigen kosten laten bijstaan door een [naam advocaat] (verder: Advocaat A) die zichzelf had ingeschakeld.
- 2.3 Op 31 december 2009 heeft Consument een beroep gedaan op haar rechtsbijstandverzekering. Consument heeft SAR om bijstand gevraagd om niet genoten vakantiedagen tot een bedrag van € 25.000,00 en gemaakte advocaatkosten in de ontbindingsprocedure tot een bedrag van € 43.000,00 op Werkgever te verhalen. Vervolgens heeft een interne jurist van SAR Consument in die procedure bijgestaan.
- 2.4 De procedure inzake gemaakte advocaatkosten en niet genoten vakantiedagen heeft op 4 juli 2012 tot een voor Consument negatief vonnis geleid, waarna de interne jurist geen mogelijkheden zag voor hoger beroep. Hierna heeft Consument een beroep gedaan op de geschillenregeling van de rechtsbijstandverzekering. Op kosten van SAR heeft Consument de second opinion laten uitvoeren door Advocaat A. Advocaat A heeft voldoende mogelijkheden gezien voor hoger beroep. In de second opinion van 6 december 2012 van Advocaat A staat behalve zijn oordeel over de kansen in hoger beroep ook het volgende vermeld:

### **Flexpensioen**

*Als laatste heeft [naam Consument] mij nog gevraagd in te gaan op de vraag of zij in hoger beroep (dan wel anderszins) nog mogelijkheden heeft om de schade te vorderen die zij lijdt als gevolg van de verplichte ingang van haar Flexpensioen na haar ontslag. Dit prepensioen ging verplicht in.*

*Daarbij is het zo dat de WW verrekend wordt met dit prepensioen. De WW-uitkering van [naam Consument] is hierdoor aanzienlijk lager geworden. Dit heeft ten slotte tot gevolg dat de pensioenopbouw ook minder is geworden. In de ontbindingsprocedure is dit gevolg niet aan de orde geweest.*

*Mijns inziens heeft een aparte vordering ter zake van deze schade geen kans van slagen. Dit op grond van de Baijings-leer die ziet op de exclusiviteit van de ontbindingsbeschikking. De vordering zou immers gebaseerd worden op redelijkheid en billijkheid, en dit is dezelfde grondslag voor een eventuele vergoeding in de ontbindingsprocedure. Bovendien is de vordering gebaseerd op dezelfde feiten (namelijk het ontslag en de gevolgen die dit heeft). In die situatie bepalen de arresten van de Hoge Raad uit de Baijings-leer dat een rechter zich ter zake van een dergelijke vordering niet-ontvankelijk dient te verklaren. Feitelijk zou hiermee immers hoger beroep van de ontbindingsbeschikking worden gerealiseerd, hetgeen volgens de wet niet mogelijk is. [...]*

- 2.5 Vervolgens heeft SAR aan Advocaat A opdracht verstrekt om Consument bij te staan in de hoger beroepsprocedure.
- 2.6 In een e-mail van 20 september 2013 van Advocaat A aan Consument heeft hij onder andere het volgende geschreven:

*Mogelijk heeft het daarmee te maken. Ik heb in ieder geval een week of drie geleden Achmea mijn visie op de second opinion gegeven en aangegeven dat nog moet worden onderzocht of eventuele nadelige gevolgen van de verplichte ingang van jouw Flexpensioen verhaald kunnen worden op [Werkgever]. Gelet op de stand van de procedure in de lopende zaak tegen [Werkgever] kan deze eventuele nieuwe claim (mocht komen vast te staan dat deze een gereede kans van slagen zou hebben) niet meer in deze procedure worden meegenomen. Ik heb ze geadviseerd dit te onderzoeken en [Werkgever] aansprakelijk te stellen om verjaring te voorkomen.[...]*

- 2.7 Nadat het Gerechtshof op 26 mei 2015 eindvonnis had gewezen inzake de niet genoten vakantiedagen en gemaakte advocaatkosten, heeft Consument aan SAR cassatieadvies gevraagd omdat zij niet tevreden was met de uitkomst van de procedure. Vervolgens heeft zowel een cassatieadvocaat van een netwerkkantoor van SAR als de voorkeursadvocaat van Consument (verder: Advocaat B) in het kader van een second opinion een negatief cassatieadvies uitgebracht. Dientengevolge heeft SAR geen dekking verleend voor een cassatieprocedure.
- 2.8 Hierna heeft Consument SAR gevraagd om haar bij te staan in een procedure om haar pensioenschade op Werkgever te verhalen (verder: geschil). SAR heeft echter geen dekking willen verlenen omdat Advocaat A had geoordeeld dat die procedure geen redelijke kans van slagen had. Vervolgens is een discussie tussen SAR en Consument ontstaan over het recht op dekking voor haar geschil dat heeft geleid tot de onderhavige klacht. In die discussie heeft SAR Advocaat A nogmaals gevraagd naar zijn standpunt wat betreft het verhalen van pensioenschade op Werkgever. In de e-mail van 4 februari 2015 van Advocaat A aan SAR heeft hij onder ander het volgende medegedeeld:

*Ik verwijs u naar mijn bij aanvang van deze zaak op 6 december 2012 afgegeven second opinion, p. 8:*

### ***Flexpensioen***

*[...]*

*Zoals ik derhalve in mijn second opinion van destijds al aangaf, zie ik geen mogelijkheden voor een claim voor pensioenschade. Alle financiële gevolgen van het ontslag (ook er zake van pensioen) dienen door een kanonrechter bij de ontbinding te worden meegenomen. Als je na een ontbindingsprocedure voor een deel van de financiële gevolgen nog een aparte procedure zou kunnen beginnen, dan is dat eigenlijk een verkapte hoger beroepsprocedure en dit is na een ontbindingsprocedure niet mogelijk.*

- 2.9 Tussen SAR en Consument is tijdens de discussie uitvoerig gecorrespondeerd. In de discussie heeft SAR Consument aangeboden de redelijkerwijs door Consument gemaakte kosten tot € 6.000,00 (het overgebleven deel van het kostenmaximum) te vergoeden, indien zij het geschil zelf voortzet en alsnog het beoogde resultaat behaalt. Consument heeft haar geschil niet zelf voortgezet en is het niet eens gebleven met het dekkingstandpunt van SAR waarna zij zich tot Kifid heeft gewend.
- 2.10 In de procedure bij Kifid heeft SAR aangeboden om het hiervoor genoemde bedrag te verhogen naar een bedrag van € 8.500,00

### **3. Vordering, klacht en verweer**

#### *Vordering Consument*

- 3.1 Consument vordert dekking voor het geschil met Werkgever, dan wel een second opinion van haar voorkeurs pensioenrechtadvocaat over de haalbaarheid van een pensioenschadeclaim op Werkgever.

#### *Grondslagen en argumenten daarvoor*

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Verzekeraar is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de rechtsbijstandverzekering. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.
- Zoals de voorkeurs pensioenrechtsadvocaat van Consument (verder: Advocaat C) heeft bevestigd, dient SAR te onderzoeken of de nadelige gevolgen van het verplicht ingaan van het Flexpensioen en het feit dat dit bij de ontslagprocedure geen onderdeel is geweest op Werkgever verhaald kan worden. Advocaat A heeft na zijn second opinion over een andere zaak, in zijn e-mail van 20 september 2013 ook aangegeven dat SAR de hiervoor genoemde kwestie op haalbaarheid moet onderzoeken en Werkgever aansprakelijk moet stellen. Advocaat A heeft niet voor niks gezegd dat SAR Werkgever aansprakelijk moest stellen.
  - Advocaat A heeft als voorkeursadvocaat een second opinion gegeven over de mogelijkheid hoger beroep in te stellen na het vonnis van 4 juli 2012 dat zag op een vordering voor niet genoten vakantiedagen en gemaakte advocaatkosten. Deze second opinion betreft geen second opinion over de vraag of een vordering jegens Werkgever ter verkrijging van een vergoeding voor pensioenschade kans van slagen heeft en dit standpunt is ook niet na het hoger beroep ingenomen.

- Consument heeft Advocaat A slechts zijdelings het volgende gevraagd: “hoe nu verder met het Flexpensioen”. Advocaat A heeft geantwoord dat een aparte claim in de hogere beroepsprocedure niet kon worden meegenomen. Advocaat C heeft in haar second opinion onderzocht of het pensioenfonds voor de schade kon worden aangesproken omdat het Flexpensioen wellicht niet in had hoeven gaan. Dit bleek niet mogelijk maar Advocaat C heeft wel gezegd dat bij een mogelijke procedure tegen Werkgever juist moest worden uitgegaan van het feit dat het Flexpensioen moest ingaan.
- Het verplichte vroegpensioen is nooit in een andere procedure aan de orde geweest. Er is door Werkgever geen enkele rekenschap gegeven van het verplichte pensioen en de korting op de WW-uitkering. Dat is een slechte zaak. Niet alle met de ontbinding van de arbeidsverhouding samenhangende aspecten zijn meegewogen bij de beoordeling van de hoogte van de ontslagvergoeding. Mogelijk is sprake van nalatigheid of zelfs bedrieglijk handelen door Werkgever.

*Verweer SAR*

3.3 SAR heeft, mede namens Verzekeraar, de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

#### **4. Beoordeling**

- 4.1 De vordering van Consument zal beoordeeld worden op basis van de tussen partijen gesloten Rechtsbijstandverzekering en de op die verzekeringsovereenkomst toepasselijke voorwaarden. Consument lijdt schade als gevolg van de verplichte ingang van haar Flexpensioen na haar ontslag. Consument wil die schade verhalen op Werkgever en is van mening dat SAR haar daarbij moet bijstaan althans ten minste de haalbaarheid van de zaak dient te onderzoeken. SAR heeft zich echter op het standpunt gesteld dat Consument geen recht heeft op dekking voor haar geschil omdat een onafhankelijk advocaat reeds heeft geoordeeld dat haar zaak niet haalbaar is waardoor haar ook geen recht op de geschillenregeling toekomt. Ter beoordeling van de Commissie ligt de vraag of Consument volgens de Rechtsbijstandverzekering recht heeft op dekking voor haar geschil.
- 4.2 De Commissie stelt voorop dat de Rechtsbijstandverzekering alleen dekking biedt ten aanzien van aan de SAR voorgelegde juridische conflicten waarbij voldoende mogelijkheden zijn om het door de verzekerde beoogde resultaat met redelijke kans van slagen te bereiken. Zie artikel 8.1 van de verzekeringsvoorwaarden. Indien een verzekerde het oneens is met de wijze van verdere behandeling dan wel met het standpunt over de haalbaarheid van de zaak, heeft zij de mogelijkheid gebruik te maken van de geschillenregeling, zoals in dit geval verwoord in artikel 21.1 van de verzekeringsvoorwaarden. De geschillenregeling voorziet in de mogelijkheid om de zaak aan een onafhankelijke advocaat als scheidsrechter voor te leggen in die gevallen dat verzekerde van mening verschilt met SAR of de netwerkadvocaat. Daarbij merkt de Commissie op dat deze geschillenregeling naar haar oordeel voldoet aan de in art. 4:68 van de Wet op het financieel toezicht gestelde eisen inzake objectiviteit. Zie ook GC-uitspraak 2013-278.

- 4.3 SAR stelt dat in het onderhavige geval de geschillenregeling niet openstaat omdat een onafhankelijke advocaat, namelijk Advocaat A, de haalbaarheid van de zaak reeds heeft beoordeeld. Consument is echter van mening dat haar zaak niet dan wel niet juist op haalbaarheid is beoordeeld en dat SAR de haalbaarheid van haar zaak alsnog moet (laten) onderzoeken. Consument heeft haar stelling onderbouwd met de mededelingen van Advocaat A en Advocaat C dat SAR de haalbaarheid van de zaak dient te onderzoeken. De Commissie overweegt, dat met die mededelingen geen inhoudelijk oordeel over de haalbaarheid van de zaak is gegeven. Een inhoudelijk oordeel is evenwel door Advocaat A gegeven in zijn onder 2.4 genoemde rapport. Dat oordeel heeft hij nogmaals bevestigd op 4 februari 2015, zie onder 2.8. De omstandigheid dat Advocaat A niet de voorkeurspensioenrechtadvocaat van Consument is en dat het oordeel is gegeven in het kader van een second opinion over een andere zaak of op een ander moment dan volgens de wens van Consument, doet aan de inhoud van dat oordeel niet af. Advocaat A is bij zijn oordeel over de haalbaarheid immers uitgegaan van het feit dat het Flexpensioen moest ingaan en heeft niet alleen de haalbaarheid van de zaak in de hoger beroepsprocedure onderzocht maar ook “(dan wel anderszins)”. De Commissie is van oordeel dat doordat een onafhankelijke advocaat de haalbaarheid van de zaak inhoudelijk heeft beoordeeld, de geschillenregeling op grond van artikel 21.1 van de verzekeringsvoorwaarden niet open staat.
- 4.4 Gelet op het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat SAR zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat Consument geen recht heeft op dekking voor haar geschil. De Commissie wijst de vordering van Consument dan ook af.

## **5. Beslissing**

De Commissie wijst de vordering af.

*In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 [www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld](http://www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld).*

*U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.*