Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-236 d.d. 21 mei 2014
(mr. P.A. Offers, voorzitter, mr. B.F. Keulen en drs. L.B. Lauwaars RA, leden en mevrouw mr. I.M.L. Venker, secretaris)

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Consument stelt dat Aangeslotene is tekortgeschoten in de uitvoering van de rechtsbijstand. Hij is van mening dat Aangeslotene, nadat de rechter hem bij tussenvonnis had opgedragen het bewijs van zijn stelling te leveren, geen vonnis had moeten vragen maar de rechtbank had moeten verzoeken om aanhouding van de procedure teneinde meer bewijs te verzamelen. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene de feiten en de bewijspositie van Consument onvoldoende heeft onderzocht bij aanvang van de procedure en in ieder geval voordat zij vonnis ging vragen. Naar het oordeel van de Commissie is echter niet gebleken dat wanneer Aangeslotene wel een uitgebreider onderzoek zou hebben gedaan, het verloop van de procedure anders zou zijn geweest. Vordering afgewezen.

Consument,

tegen

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;
- de brief met bijlagen van de gemachtigde van Consument, ingekomen op 17 juli 2013;
- de brief van de gemachtigde van Consument met daarbij het door Consument ondertekende vragenformulier, ingekomen op 1 augustus 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst 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 31 maart 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consument heeft bij Aangeslotene een rechtsbijstandverzekering gesloten. Artikel 10 van de toepasselijke algemene voorwaarden bepaalt:

"***De geschillenregeling***

10.1. Als de verzekerde het oneens blijft met het oordeel van DAS over de regeling van het geschil waarvoor hij beroep op de verzekering heeft gedaan, dan kan hij DAS schriftelijk verzoeken dit meningsverschil voor te leggen aan een advocaat naar zijn keuze.

10.2. DAS legt dan dit meningsverschil, met alle relevante stukken, voor aan de gekozen advocaat en verzoekt hem zijn oordeel te geven. Desgewenst verwoordt de verzekerde ook zelf nog eens het meningsverschil. Het oordeel van de advocaat is bindend voor DAS. De kosten zijn voor rekening van DAS en komen niet ten laste van het verzekerde kostenmaximum.

10.3. De verlening van rechtsbijstand wordt door DAS voortgezet in overeenstemming met het oordeel van de advocaat, tenzij de verzekerde op dat moment te kennen geeft dat hij gebruik wil maken van het bepaalde in lid 5 van dit artikel.

(…)"

Artikel 5 van de toepasselijke bijzondere voorwaarden bepaalt:

"***De verlening van de rechtsbijstand***

DAS verleent rechtsbijstand aan de verzekerde overeenkomstig de Algemene Voorwaarden en de hierna volgende bepalingen:

a. (…)

b. DAS vergoedt de uit rechtsbijstand voortvloeiende externe kosten tot ten hoogste € 12.500,- per geschil. Dit kostenmaximum geldt niet voor:

(…)"

3.2. Op 1 juni 2010 is de arbeidsovereenkomst tussen Consument en zijn werkgever ontbonden. Consument heeft zich in de procedure bij de kantonrechter die daaraan vooraf ging laten bijstaan door een, door hem zelf ingeschakelde, advocaat. De zitting heeft plaatsgevonden op 28 mei 2010. Consument en de werkgever zijn tijdens een schorsing van die zitting overeengekomen dat de werkgever aan Consument een ontbindingsvergoeding van € 45.000,- bruto betaalt.

3.3. Consument heeft daarna bij de werkgever aanspraak gemaakt op uitkeringen op basis van de bij arbeidsovereenkomst bepaalde winstdelingsregeling van een bedrag van circa € 82.000,-. Zijn werkgever heeft zich op het standpunt gesteld dat partijen op 28 mei 2010 zijn overeengekomen dat zij over en weer niets meer te vorderen hebben. Hierover is een geschil tussen Consument en zijn werkgever ontstaan. Consument heeft voor dit geschil bij Aangeslotene een verzoek om rechtsbijstand gedaan.

3.4. Namens Consument heeft de behandelaar van Aangeslotene de werkgever gedagvaard en de winstuitkering gevorderd. Bij tussenvonnis heeft de kantonrechter Consument het bewijs opgedragen van zijn stelling dat de beëindigingsvergoeding exclusief winstdeling was en de minnelijke regeling tussen Consument en zijn

werkgever niet tegen finale kwijting was getroffen. Consument kon in dat kader twee getuigen laten horen. Omdat de wederpartij ook twee getuigen zou kunnen oproepen die naar verwachting zouden verklaren dat tussen Consument en zijn werkgever wel finale kwijting was overeen gekomen, heeft de behandelaar van Aangeslotene, op 19 november 2012, bij de rechtbank de aantekeningen opgevraagd die zijn gemaakt tijdens de zitting in de ontbindingsprocedure.

3.5. De behandelaar heeft van de rechtbank het proces-verbaal van de zitting van 28 mei 2010 ontvangen en Consument per e-mail van 29 november 2012 over de inhoud van het proces-verbaal het volgende bericht:
"(…) Ik heb het proces-verbaal van de ontbindingszitting inmiddels ontvangen. Daarin is weergegeven dat onder andere de volgende afspraken tussen partijen zijn gemaakt:
(…)
- *[Consument] ziet af van de winstdeling;*

(…)
- *[de werkgever] zal aan [Consument] een vergoeding betalen van € 45.000,00 bruto, tegen finale kwijting ten aanzien van alle geschilpunten tussen partijen;*

(…)
U heeft daarom besloten de procedure niet voort te zetten.
(…)
Consument heeft op dit bericht diezelfde dag als volgt gereageerd:
"Ik zie nog graag het pv van de zitting tegemoet. (…) Nu er volgens het pv al finale kwijting is verleend is dat dus niet nogmaals nodig. Ik heb dan ook geen behoefte nadere voorwaarden en afspraken te maken. Ik sluit het hoofdstuk [werkgever]."

3.6. De behandelaar heeft bij brief van 3 december 2012 aan de rechtbank meegedeeld dat Consument niet aan zijn bewijsopdracht kan voldoen en de rechtbank gevraagd om in de zaak vonnis te wijzen.

3.7. Per e-mail van 6 december 2012 heeft Consument de behandelaar bericht dat de advocaat die hem in de ontbindingsprocedure heeft bijgestaan en hijzelf ervan overtuigd zijn dat tijdens de zitting niet is gesproken over finale kwijting en dat het proces-verbaal dus geen juiste weergave van de zitting geeft en verder dat het proces-verbaal tussen partijen geen rechtskracht heeft nu dit niet is ondertekend door partijen. Die advocaat heeft dit per e-mail van 11 december 2012 aan de behandelaar van Aangeslotene bevestigd. De behandelaar heeft hierop diezelfde dag per e-mail naar Consument als volgt gereageerd:
"(…) Een proces-verbaal heeft ook rechtskracht zónder dat beide partijen hun handtekening erop hebben gezet. (…) Ik adviseer u om nadere informatie bij de rechtbank in uw vorige zaak op te vragen. Wanneer is toen dit procesverbaal naar u en uw gemachtigde (…) verzonden? U beiden stellen uitdrukkelijk dat de inhoud van dit procesverbaal niet klopt en dat u dit procesverbaal nooit eerder heeft ontvangen. Dit is een discussie die buiten deze procedure om loopt. Die discussie kunt u samen met [de gemachtigde] met de Rechtbank voeren. Vooralsnog ligt er een procesverbaal van de rechtbank waarin wordt gesteld dat wél finale kwijting is afgesproken én dat u afziet van een aanspraak op de winstdeling. In de procedure die [de behandelaar van Aangeslotene] voor u behandelt, heeft u de bewijslast om aan te tonen dat die finale kwijting niet overeen is gekomen. U heeft dat bewijs tot op

heden niet kunnen leveren. Sterker nog, er ligt nu een soort van bewijs van het tegendeel voor u. (…)"

3.8. Consument heeft in zijn e-mail van 18 december 2012 aan Aangeslotene een beroep op de geschillenregeling gedaan omdat hij van mening was dat het proces-verbaal geen rechtskracht had en de behandelaar geen vonnis had moeten vragen maar een verzoek om aanhouding van de procedure had moeten doen om de authenticiteit van het proces-verbaal te kunnen onderzoeken. Bij brief van 17 januari 2013 heeft Aangeslotene een advocaat om advies gevraagd in het kader van de geschillenregeling.

3.9. In het bindend advies van die advocaat van 18 januari 2013 staat onder meer:
"(…) Of DAS nou wel of niet betrokken was bij de ontbindingsprocedure lijkt mij niet relevant. Het gaat om de vraag of de inhoud van het proces-verbaal van de zitting in de ontbindingszaak voldoende reden was om af te zien van bewijslevering in de procedure bij de kantonrechter, respectievelijk om de vraag of het zin heeft om tegen het thans voorliggende eindvonnis van de kantonrechter in hoger beroep te gaan, teneinde bij het gerechtshof een poging te doen om de zaak alsnog een voor [Consument] positieve wending te geven."
De conclusie van het advies luidt, samengevat en voor zover van belang:
- Het is begrijpelijk dat Aangeslotene heeft geadviseerd om af te zien van bewijslevering omdat Consument was belast met het bewijs en omdat beide partijen evenveel getuigen konden laten horen en het standpunt van Consument niet door het proces-verbaal werd bevestigd.
- Omdat Consument en twee getuigen stellen dat het proces-verbaal niet weergeeft wat is afgesproken, is het interessant de aantekeningen van de griffier op te vragen.
- Aan het proces-verbaal komt vrije bewijskracht toe.
- In het tussenvonnis van 7 november 2012 heeft de kantonrechter de bewijslast ten onrechte bij Consument gelegd. Tegen het tussenvonnis kan daarom met succes hoger beroep worden aangetekend. Dit kan slechts tegelijk met het eindvonnis. Indien in hoger beroep de werkgever wordt belast met het bewijs zal de werkgever in dat bewijs kunnen slagen wanneer deze het proces-verbaal van de zitting van 28 mei 2010 in het geding brengt. In dat geval is de kans groot dat Consument de procedure in hoger beroep verliest.

3.10. Consument heeft, met bijstand van een advocaat naar zijn keuze, hoger beroep aangetekend tegen het vonnis van de rechtbank. Deze advocaat heeft de aantekeningen van de zitting van 28 mei 2010 opgevraagd. In die aantekeningen, zoals door Consument overgelegd, staat voor zover van belang:
" – 6 –
(…)
5 % winst in corr. Neergelegd. Parkeren tot moment acc.verkl.
(…)"

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert van Aangeslotene vergoeding van de door Consument te maken advocaatkosten voor zover deze het verzekerd maximumbedrag voor externe kosten van € 12.500,- overstijgen.

4.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:

- Aangeslotene is toerekenbaar tekortgeschoten omdat zij na het tussenvonnis van de rechtbank vonnis heeft gevraagd en niet een verzoek om aanhouding van de zaak heeft gedaan. Hierdoor heeft Consument hoger beroep moeten instellen.
- Het opgevraagde proces-verbaal gaf voldoende aanleiding om een verzoek om aanhouding te doen en de aantekeningen van de griffier op te vragen omdat de inhoud van het proces-verbaal wezenlijk afwijkt van hetgeen Consument van de werkgever, met de bijstand van Aangeslotene, vorderde en het proces-verbaal geen rechtskracht heeft omdat het niet is ondertekend door de rechter voor wie de mondelinge behandeling op 28 mei 2010 heeft plaatsgevonden. Uit de aantekeningen van de griffier, die de advocaat van Consument later heeft opgevraagd, blijkt dat de winstdeling buiten de regeling valt omdat de winstcijfers op dat moment nog niet waren opgemaakt. Consument had met de aantekeningen van de zitting en het getuigenbewijs kunnen slagen in het bewijs. Aangeslotene heeft na ontvangst van het proces-verbaal echter de handdoek in de ring gegooid en Consument geadviseerd om vonnis te vragen. Consument vertrouwde op de juridische deskundigheid van Aangeslotene.
- Het argument van Aangeslotene dat het niet op haar weg lag om de geldigheid van het proces-verbaal te betwisten omdat het proces-verbaal betrekking heeft op een procedure waarin Aangeslotene Consument niet bijstond, gaat niet op omdat het ging om het leveren van bewijs in een zaak waarin Aangeslotene Consument nu juist wel bijstond. Tot die conclusie is ook de advocaat die het bindend advies heeft uitgebracht, gekomen.
- Het oordeel in het bindend advies dat een hoger beroep weinig kans van slagen had, is niet bindend omdat deze vraag geen onderdeel uitmaakte van de opdracht van Aangeslotene in het kader van de geschillenregeling.

4.3. Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Aangeslotene heeft de zaak van Consument adequaat, correct en zorgvuldig behandeld.
- Consument is in het tussenvonnis van de kantonrechter belast met het bewijs. Gelet op het aantal op te roepen getuigen door beide partijen en de inhoud van het proces-verbaal, heeft de behandelaar van Aangeslotene geoordeeld dat Consument niet zou slagen in het bewijs. Er bestond op dat moment, ook voor Consument, geen aanleiding aan de juistheid van het proces-verbaal te twijfelen. De omstandigheid dat het proces-verbaal niet door partijen was ondertekend, verandert niets aan de vrije bewijskracht van het proces-verbaal. De aantekeningen van de griffier werden niet afgegeven door de rechtbank. In overleg met Consument is besloten om af te zien van bewijslevering en vonnis te vragen om daarna in hoger beroep te gaan.

- Consument had pas later aanleiding om aan de juistheid van het proces-verbaal te twijfelen. Op dat moment kon de discussie nog slechts in hoger beroep worden voortgezet.
- De advocaat die in het kader van de geschillenregeling bindend advies heeft uitgebracht, heeft ook geoordeeld dat Consument niet zou slagen in het leveren van bewijs en dat het proces-verbaal vrije bewijskracht heeft. De vraag of het proces-verbaal rechtskracht heeft, viel buiten de opdracht.
- Consument heeft maar een deel van de aantekeningen van de griffier van de zitting van 28 mei 2010 overgelegd. Dit deel heeft Consument pas bij repliek overgelegd. Uit de aantekeningen blijkt niet of en zo ja wat over de winstuitkering is afgesproken en of in de schikking iets is opgenomen over finale kwijting.
- Aangeslotene is niet tekortgeschoten. Voor een onbeperkte vergoeding van de advocaatkosten, boven het kostenmaximum, is daarom geen grond.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie ziet zich gesteld voor de vraag of Aangeslotene is tekortgeschoten in de uitvoering van de rechtsbijstand doordat zij na ontvangst van het proces-verbaal vonnis heeft gevraagd en niet de rechtbank heeft verzocht om aanhouding van de zaak teneinde te onderzoeken of in het proces-verbaal een juiste weergave van de zitting was opgenomen.

5.2. In de eerste plaats dient hiertoe de vraag te worden beantwoord of Aangeslotene voldoende onderzoek naar de feiten heeft gedaan bij aanvang van de procedure. Consument kon zijn standpunt dat de winstdeling niet in de beëindigingsvergoeding was meegenomen en dat geen finale kwijting was overeengekomen onderbouwen met getuigenbewijs. Omdat de werkgever een gelijk aantal getuigen kon oproepen als Consument was het niet zonder meer raadzaam om te procederen. Het was dus van belang om te weten wat er tijdens de schorsing van de zitting van 28 mei 2010 door partijen was afgesproken. Om die reden lag het voor de hand om het proces-verbaal van die zitting op te vragen. In het proces-verbaal was opgenomen dat tussen partijen finale kwijting was overeengekomen. Gelet echter op de volharding van Consument in zijn standpunt dat geen finale kwijting was overeengekomen en de bevestiging hiervan door diens voormalig advocaat en ook gelet op de grootte van de vordering van de winstuitkering, was verder onderzoek naar de juistheid van het proces-verbaal aangewezen. Dit onderzoek zou bestaan uit het opvragen van de onderliggende aantekeningen van de griffier. Aangeslotene heeft dit nagelaten hetgeen haar kan worden verweten. Het argument van Aangeslotene dat het proces-verbaal deel uitmaakt van een procedure waarin Aangeslotene Consument niet had bijgestaan zodat het niet aan Aangeslotene was om de authenticiteit van het stuk te onderzoeken, doet hieraan niet af omdat het proces-verbaal en de onderliggende aantekeningen mogelijk konden dienen tot onderbouwing van de vordering van Consument in het geschil waarin Aangeslotene hem wel bijstond. Het zou dan ook beter zijn geweest wanneer Aangeslotene de bewijspositie van Consument nader had onderzocht alvorens te procederen en in ieder geval voordat zij vonnis ging vragen

en in dat kader een meer uitgebreid onderzoek zou hebben gedaan naar hetgeen tussen Consument en zijn werkgever was afgesproken op 28 mei 2010.

5.3. De volgende vraag die ter beantwoording voor ligt, is of het verloop van de procedure anders zou zijn geweest wanneer Aangeslotene een vollediger onderzoek naar de feiten had gedaan. In de aantekeningen zoals die door Consument zijn overgelegd, staat dat het onderwerp 'winst' is geparkeerd. Dit neemt evenwel niet weg dat dit onderdeel wel in de eindschikking kan zijn meegenomen. De aantekeningen en het proces-verbaal geven hiermee geen zekerheid over de vraag of de winstdeling in de beëindigingsregeling tussen Consument en zijn werkgever is meegenomen en of finale kwijting tussen de werkgever en Consument is overeengekomen. Dit leidt tot de conclusie dat Aangeslotene ook wanneer zij de betreffende stukken wel had opgevraagd, niet tot een andere conclusie zou zijn gekomen en ook dan zou hebben afgezien van het laten horen van getuigen.

5.4. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, wordt de vordering van Consument afgewezen. Al hetgeen partijen verder nog hebben gesteld, kan niet tot een andere beslissing leiden en zal onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie wijst bij wege van 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.