Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-178
(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter en mr. M.J. Vlasveld, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 21 november 2017
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Achmea Schadeverzekeringen N.V., h.o.d.n. FBTO, gevestigd te Apeldoorn, verder te noemen Verzekeraar, waarbij de uitvoering van de rechtsbijstandverzekering is uitbesteed aan Stichting Achmea Rechtsbijstand, verder te noemen Uitvoerder
Datum uitspraak	: 27 februari 2020
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consument heeft verschillende gerechtelijke procedures gevoerd vanwege een conflict met haar toenmalige werkgever. De Commissie is van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de uitvoerder van de rechtsbijstand in strijd heeft gehandeld met wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam rechtsbijstandverlener mag worden verwacht. Ten aanzien van het verwijt over de appelprocedure kan de uitvoerder niet worden aangesproken omdat consument is bijgestaan door een door haar gekozen advocaat. De vordering wordt afgewezen.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier, met bijlagen;
- de aanvullende stukken van Consument van 6 en 12 december 2017;
- het verweerschrift van Uitvoerder;
- de repliek van Consument;
- de dupliek Uitvoerder;
- de nadere reacties van Consument 7 en 8 november 2018 en 12 februari 2019;
- de nadere reactie van Uitvoerder d.d. 30 maart 2019;
- pleitnota van Consument met daarbij een kopie van de dagvaarding van 8 maart 2011.

Partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 26 juni 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft een rechtsbijstandsverzekering afgesloten bij Verzekeraar. De verzekering biedt dekking voor particuliere rechtshulp.

2.2 Consument is jarenlang verwikkeld geweest in een arbeidsconflict met haar werkgever (hierna: de Werkgever). Partijen hebben een ontbindingsprocedure gevoerd. Consument heeft zich daarin op eigen kosten laten bijstaan door een door haarzelf ingeschakelde advocaat (verder: Advocaat A). De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 januari 2010 ontbonden zonder toekenning van een vergoeding aan Consument. In de beschikking van 16 november 2009 heeft de kantonrechter onder meer overwogen:

"15. (…) en tot slot is van belang dat [consument] (mogelijk) in aanmerking komt voor een wachtgeldregeling, die voorziet in een aanvulling tot haar pensioengerechtigde leeftijd en die gelet op alle feiten en omstandigheden meer dan redelijk wordt geacht.

16. Tegen deze achtergronden acht de kantonrechter een (verdere) vergoeding niet billijk."

2.3 Op 31 december 2009 heeft Consument beroep gedaan op de rechtsbijstandverzekering omdat zij de Werkgever wilde aanspreken tot betaling van de door haar niet-genoten vakantie-uren en van gemaakte advocaatkosten. In een procedure heeft Consument met bijstand van een interne jurist van Uitvoerder naast vergoeding van deze posten, een verklaring voor recht gevorderd dat de Werkgever verplicht was tot het uitvoeren van de wachtgeldbepalingen conform de CAO en betaling van het wachtgeld.

2.4 De kantonrechter heeft de vorderingen van Consument bij vonnis van 4 juli 2012, op een bedrag aan advocaatkosten na, afgewezen. De reden van het afwijzen van de wachtgeld-vordering was - kort gezegd - dat de ontbinding naar het oordeel van de kantonrechter niet het gevolg was van het vervallen van de functie van Consument maar van het niet aanvaarden van een in juni 2009 aangeboden passende functie door Consument, waardoor de arbeids-relatie onherstelbaar beschadigd was geraakt. Verder heeft de kantonrechter in dit vonnis overwogen:

"19. (….) Volgens [consument] is ook de kantonrechter in september 2009 bij haar beslissing om geen ontbindingsvergoeding toe te kennen er van uitgegaan dat zij recht op wachtgeld had.

20. Dit laatste argument is ontleend aan een onjuiste lezing van de ontbindingsbeschikking. Daaruit blijkt immers dat is overwogen dat [consument] (mogelijk) in aanmerking kwam voor een wachtgeldregeling".

Consument heeft naar het oordeel van de kantonrechter niet kunnen aantonen dat de Werkgever Consument steeds heeft voorgehouden dat zij recht had op wachtgeld.

2.5 Na verschil van mening over de haalbaarheid van hoger beroep tegen het vonnis van de kantonrechter, heeft Consument beroep gedaan op de geschillenregeling van Verzekeraar. In de door Advocaat A op 6 december 2012 afgegeven second-opinion over de beroepsmogelijkheden stelt Advocaat A het volgende:

"CONCLUSIE
Ik concludeer dat er voldoende aanleiding is voor [consument] om het hoger beroep door te zetten. Allereerst heeft zij goede argumenten om recht te hebben op uitbetaling van een zeer aanzienlijk saldo aan vakantie-uren (NB nog te verhogen met wettelijke verhoging en wettelijke rente) en voorts is de kantonrechter in eerste aanleg veel te kort door de bocht gegaan toen werd geoordeeld dat [consument] een redelijk aanbod tot een passende functie onterecht weigerde, met alle verstrekkende gevolgen voor haar overige vorderingen in de bodemprocedure tot gevolg.".

2.6 In voornoemde second opinion is Advocaat A eveneens ingegaan op de door Consument gestelde pensioenschade. Advocaat A overweegt als volgt:

"Flexpensioen:
Als laatste heeft [consument] mij nog gevaagd 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 [consument] is hierdoor aanzienlijk lager geworden. Dit heeft tenslotte 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 ontbindings-beschikking worden gerealiseerd, hetgeen volgens de wet niet mogelijk is. (…).".

2.7 Uitvoerder heeft vervolgens Advocaat A de opdracht verstrekt om Consument bij te staan in de hoger beroep procedure. Het Hof heeft bij arrest van 26 mei 2015, op de betaling van een gedeelte van de niet-genoten vakantiedagen na, het eerdere vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Ten aanzien van het wachtgeld heeft het Hof overwogen:
" 3.18 (…)[consument] verliest uit het oog dat deze regeling is aangeboden in het kader van een minnelijk traject, en dat daarmee geenszins aan consument] is voorgehouden dat zij recht zou hebben op wachtgeld. Ook de kantonrechter is gelet op de formulering van de ontbindings-beschikking niet uitgegaan van een recht op wachtgeld maar slechts van de mogelijkheid daartoe. De grief faalt".

2.8 Na het arrest zijn er twee cassatieadviezen uitgebracht. Een door een cassatieadvocaat van een netwerkkantoor van Uitvoerder en een ander in het kader van de geschillenregeling door Consument gekozen advocaat (verder: Advocaat B). Beide adviezen luidden negatief.

2.9 Consument heeft een nieuw rechtshulpverzoek gedaan om Werkgever aan te spreken voor de financiële gevolgen van de verplichte ingang van haar flexpensioen na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (verder: de pensioenschade). Dit verzoek heeft Uitvoerder afgewezen omdat die procedure gezien de second-opinion van 6 december 2012 van Advocaat A geen redelijke kans van slagen had.

2.10 Daarop heeft Consument een klacht bij Kifid ingediend. Consument verlangt dekking voor het geschil met de Werkgever over de pensioenschade of dekking voor een second-opinion over de haalbaarheid van een dergelijke claim. Op 18 april 2017 heeft de Commissie de vordering van Consument afgewezen. Zie de uitspraak GC 2017-252.

2.11 Uitvoerder heeft na de Kifid-procedure in overleg met Consument aan Advocaat A verzocht onderzoek te doen naar de mogelijkheden tot schadevergoeding. Advocaat A heeft in zijn advies van 27 juli 2017 de haalbaarheid van een vordering op grond van slecht werk-geverschap onderzocht. De conclusie van Advocaat A was negatief.

2.12 Consument heeft zich op 5 september 2017 bij Uitvoerder beklaagd over de uitvoering van de rechtsbijstand en Uitvoerder aansprakelijk gesteld. Uitvoerder heeft de aansprakelijkheid afgewezen. Omdat partijen niet tot een vergelijk zijn gekomen, heeft Consument een klacht ingediend bij Kifid.

3. Vordering, klacht en verweer

3.1 Consument stelt dat zij als gevolg van de werkwijze van Uitvoerder schade heeft geleden bestaande uit misgelopen wachtgeld, niet vergoede advocaatkosten, niet uitbetaalde vakantiedagen en pensioenschade. Consument wenst dat uitvoerder deze schade vergoed.

3.2 Aan haar vordering legt Consument ten grondslag dat Verzekeraar in de uitvoering van de rechtsbijstand door Uitvoerder, in zijn verplichtingen jegens Consument is tekortgeschoten in de nakoming van de verzekering.

3.3 Consument draagt ter onderbouwing van haar vordering de volgende argumenten aan.

3.3.1 In de bodemprocedure heeft Uitvoerder verschillende fouten gemaakt. -
Uitvoerder had meer moeten benadrukken dat de kantonrechter bij de ontbindings-beslissing, gezien de opbouw van de beschikking, er al van was uitgegaan dat de wachtgeldregeling zou worden nagekomen.
- Verder had benadrukt moeten worden dat door Werkgever in het kader van een minnelijke regeling wachtgeld was aangeboden.
- Door een verkeerd gekozen eis, te weten het vragen van een verklaring voor recht dat er recht bestond op wachtgeld, is het eerdere oordeel in de ontbindingszaak waarbij juist werd uitgegaan van de nakoming van de wachtgeldregeling, teniet gedaan.
- Er is in de bodemprocedure geen aanspraak gemaakt op pensioenschade. Op basis van de toepasselijke pensioenregeling kwam het door Consument opgebouwde flexpensioen automatisch per datum einde arbeidsverhouding tot uitkering. Deze uitkering werd verrekend met de ontvangen WW-uitkering met als gevolg een lagere WW-uitkering en een lager pensioen.
- Uitvoerder heeft verzuimd om in de bodemprocedure alle stukken in te brengen. Het verweerschrift en de pleitnota uit de ontbindingsprocedure, waaruit zou blijken dat er pas op 15 juni 2009 een boventalligheidsverklaring is gedaan, ontbraken, evenals de declaraties met urenspecificaties van de buitengerechtelijke kosten over 2009 en loonstroken ter onderbouwing van het tegoed aan vakantie-uren. Verder had de beëindigingsovereenkomst moeten worden ingebracht, waaruit het aanbod van de Werkgever tot het betalen van wachtgeld bleek. Ook was de ontbindingsbeschikking van 16 november 2009 incompleet bij de dagvaarding gevoegd (pagina 4 ontbrak) waardoor de kantonrechter in de bodemzaak ten onrechte de functie van woonbegeleider als passend heeft aangemerkt en het recht op wachtgeld heeft afgewezen. Uitvoerder zou Consument bewust onjuist hebben voorgelicht over de ingebrachte stukken.

3.3.2 Uitvoerder heeft na het vonnis van de kantonrechter toegezegd snel met een appeladvies te komen, maar heeft dat niet gedaan. De zaak werd voor advies uit handen gegeven aan een externe advocaat.

3.3.3 In hoger beroep heeft Advocaat A geen grief gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat Consument de ontbindingsbeschikking op het punt van het recht op wachtgeld verkeerd heeft gelezen en haar door de Werkgever niet is voorgehouden dat zij recht heeft op wachtgeld.

Daarmee is de juistheid van dit oordeel van de kantonrechter in de bodemzaak beaamd.

3.4 Uitvoerder heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 Consument klaagt dat Uitvoerder haar belangen niet goed heeft behartigd. Zij klaagt dus over de kwaliteit van de rechtsbijstand. Bij de beoordeling van een onderhavige klacht moet de Commissie beoordelen of Uitvoerder heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandsverlener mag worden verwacht.

4.2 Uitgangspunt daarbij is dat Uitvoerder verantwoordelijk is voor de kwaliteit en de uitvoering van de rechtsbijstand door haar eigen medewerkers, maar niet, zoals Uitvoerder ook heeft aangevoerd, voor de kwaliteit van de werkzaamheden van de door haar ingeschakelde advocaten. De advocaten zijn zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van hun werk. Zij zijn ook onderworpen aan het tuchtrecht voor advocaten. Het enkele feit dat Uitvoerder conform de polisvoorwaarden (artikel 10) de advocaat opdracht heeft gegeven om Consument juridische bijstand te verlenen, maakt Uitvoerder niet verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn werk. Dat zou anders kunnen zijn als Uitvoerder vooraf weet of concrete aanwijzingen heeft dat de kwaliteit van het werk van de ingeschakelde advocaten in het algemeen onder de maat is. Zie de uitspraak van de Commissie van Beroep van 30 oktober 2018, CvB 2018-063. Uit stelling van Consument onder 3.3.3 volgt niet dat Uitvoerder de hiervoor bedoelde wetenschap of concrete aanwijzingen had. Daarom treft het verwijt van Consument geen doel.

4.3 De Commissie oordeelt dat ook verder niet is komen vast te staan dat Uitvoerder anders heeft gehandeld dan van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandverlener mag worden verwacht. De Commissie licht dit hierna toe.

4.4 Alle verwijten van Consument onder 3.3.1 zijn naar het oordeel van de Commissie terug te voeren op het feit dat Consument zich niet kan verenigen met het vonnis van de kanton-rechter dat zij geen recht heeft op wachtgeld. Consument blijft vasthouden aan de stelling dat de kantonrechter bij zijn ontbindings-beslissing wel van de toekenning van wachtgeld is uitgegaan en dat de Werkgever hiervan ook is uitgegaan, zo blijkt uit het aanbod dat de Werkgever in het kader van een minnelijke regeling heeft gedaan. De juistheid van die stelling van Consument is niet komen vast te staan. In de ontbindingsbeschikking is alleen de *mogelijkheid* van het in aanmerking komen voor wachtgeld in een van de overwegingen genoemd. De ontbinding is zonder toekenning van enige vergoeding uitgesproken.

De keuze om in een bodemprocedure de gevraagde verklaring voor recht te krijgen leidt nog niet tot aansprakelijkheid. Een vordering tot betaling van wachtgeld had kunnen worden ingediend, maar het is niet aannemelijk dat de kantonrechter die zou hebben toegewezen. Immers, hij heeft de verklaring voor recht dat Consument recht op wachtgeld heeft ook afgewezen.

4.5 Uit het vonnis van de kantonrechter blijkt ook dat de kantonrechter kennis heeft genomen van de volledige ontbindingsbeschikking, ondanks dat gebleken is dat bij de door de jurist van Uitvoerder aangebrachte dagvaarding pagina 4 van de ontbindingsbeschikking ontbrak. Onder rechtsoverweging 1.11 en 20 verwijst de kantonrechter immers naar passages die op pagina 4 van de ontbindingsbeschikking voorkomen.

4.6 Dat de kantonrechter de in de procedure naar voren gebrachte visie van Consument over de gedachten van de kantonrechter over het wachtgeld bij het uitspreken van de ontbinding, niet deelt, is niet aan de werkwijze van Uitvoerder te wijten. De Commissie ziet niet in wat Uitvoerder ter onderbouwing van het standpunt van Consument op dat punt meer of anders had moeten aanvoeren. De bewoordingen in de ontbindingsbeschikking - '*dat [consument] (mogelijk) in aanmerking komt voor een wachtgeldregeling*' - laten immers ruimte voor de door de kantonrechter toegepaste uitleg en interpretatie.

4.7 Dat met het inbrengen van de beëindigingsovereenkomst de toezegging van de Werkgever tot het betalen van wachtgeld aangetoond had kunnen worden, heeft Consument onvoldoende onderbouwd. De beëindigingsovereenkomst is, zoals door Uitvoerder is aangegeven, door Werkgever enkel opgesteld in het kader van een minnelijke regeling die Consument niet heeft geaccepteerd. Zij heeft die overeenkomst ook niet ondertekend. Consument kan derhalve geen rechten aan het voorstel van Werkgever ontlenen.

4.8 De stelling van Consument dat de kantonrechter tot een ander oordeel over de passendheid van de in juni 2009 aangeboden functie zou zijn gekomen, als de jurist van Uitvoerder de volledige beschikking uit de ontbindingszaak bij dagvaarding zou hebben ingebracht, gaat volgens de Commissie niet op. Zoals de Commissie al heeft overwogen, heeft de kanton-rechter bij het vonnis van deze volledige beschikking kennisgenomen.

4.9 Anders dan Consument stelt, zijn de declaraties ter onderbouwing van de vordering aan advocaatkosten wel bij de dagvaarding overgelegd. Los van het feit dat deze declaraties zich ook bij de dagvaarding zoals die volgens Consument is aangebracht bevinden, wordt in rechtsoverweging 13 van het vonnis ook expliciet naar de overgelegde declaraties tot een bedrag van € 44.057,07 incl. BTW verwezen.

De gevorderde advocaatkosten zijn blijkens het vonnis ook niet afgewezen vanwege een gebrek aan onderbouwing, maar op inhoudelijke gronden, namelijk dat voor de voor 1 december 2005 gemaakte kosten al finale kwijting was verleend in een vaststellings-overeenkomst en de kosten na 22 juni 2009 wegens het niet uitvoeren van de aangeboden passende arbeid.

4.10 De vordering tot uitbetaling van het opgebouwde saldo aan vakantie-uren (1236,46 uur) strandde bij de kantonrechter omdat de Werkgever ervoor mocht kiezen de na juni 2009 niet gewerkte dagen in de passende functie van woonbegeleider af te boeken van het opgebouwde saldo waardoor het saldo uiteindelijk op nul uitkwam. Consument heeft niet aannemelijk gemaakt op welke wijze dit oordeel anders zou zijn geweest als loonstroken ter onderbouwing van het tegoed aan vakantie-uren zouden zijn ingebracht.

4.11 Voor de verwarring die is ontstaan over de precieze stukken die bij de dagvaarding in eerste aanleg zijn meegezonden, heeft Uitvoerder haar excuus aangeboden. Bij het exemplaar zoals dat zich nu in haar dossier bevindt, ontbreken ook de producties 9 (uittreksel cao) en 10 (berekening wachtgeld). Deze producties bevinden zich wel bij het aan Consument toegezonden exemplaar. Voor de juistheid van de stelling van Consument dat Uitvoerder de aan haar toegezonden dagvaarding heeft gemanipuleerd, ziet de Commissie onvoldoende aanwijzingen. De medewerkers van Uitvoerder die destijds bij het aanbrengen van de dagvaarding en het toezenden daarvan aan Consument betrokken zijn geweest, hebben zich hierover niet kunnen uitlaten. Productie 9 en 10 zijn bovendien gezien de afwijzing van de wachtgeldvordering, niet van enige invloed op de uitkomst van de procedure geweest.

4.12 Het niet vorderen van pensioenschade van de Werkgever is naar het oordeel van de Commissie niet onzorgvuldig. Uitvoerder heeft Consument voorafgaand aan het uitbrengen van de dagvaarding al bericht de kwestie van de pensioenschade intern te hebben voorgelegd aan een pensioenschadespecialist die in het aanspreken van de Werkgever in verband met de exclusiviteit van de ontbindingsbeschikking (Bajings-arrest) weinig heil zag. Advocaat A heeft over de verhaalbaarheid van die schade om dezelfde reden ook negatief geadviseerd. Dat het punt van de pensioenschade in de ontbindingsprocedure mogelijk onvoldoende aan de orde is geweest, kan Uitvoerder niet aangerekend worden. Consument liet zich in die procedure op eigen kosten bijstaan door een door haarzelf gekozen advocaat. Uitvoerder is voor deze keuze niet verantwoordelijk.

4.13 Ten aanzien van hetgeen Consument heeft aangevoerd onder 3.3.2 overweegt de Commissie dat de jurist van Uitvoerder na het voor Consument teleurstellende vonnis niet zelf een appeladvies heeft uitgebracht, maar dit heeft uitbesteed aan een externe advocaat.

Dit is volgens de Commissie niet als onzorgvuldig aan te merken. Consument heeft ook verzuimd om aan te geven op welke wijze zij daardoor benadeeld is.

4.14 Uit het bovenstaande vloeit voort dat niet is komen vast te staan dat Uitvoerder heeft gehandeld in strijd met wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstands-verlener mag worden verwacht. De vordering van Consument zal worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering van Consument af.

In artikel 2 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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 40 van het Reglement.