Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-1035
(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter en mr. C.J.M. Veltmaat, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 1 mei 2019
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ARAG SE, gevestigd te Leusden, verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak	: 12 december 2019
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Rechtsbijstand, klacht over verleende rechtsbijstand. Verzekeraar heeft een reële inschatting gemaakt van de bewijsrisico's van Consument. Het advies van Verzekeraar om in te stemmen met een minnelijke regeling is daarom naar het oordeel van de Commissie niet onbegrijpelijk. Er was geen reden voor Verzekeraar om verdere rechtsbijstand te verlenen in het kader van het verzoek om herroeping van de beschikking, omdat de geluidsopname geen bewijs biedt in het voordeel van Consument. Verzekeraar heeft Consument gewezen op het recht van vrije advocaatkeuze. De klacht is ongegrond en de vordering wordt afgewezen.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier met bijlagen;
- de aanvullende stukken van Consument;
- het verweerschrift van Verzekeraar en
- de e-mail van Verzekeraar van 27 november 2019 op verzoek van de Commissie.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 27 november 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument had een geschil over zijn functioneren met zijn voormalige werkgever, verder te noemen: de Werkgever. Consument heeft dit geschil op 25 april 2017 bij Verzekeraar gemeld waar hij zijn particuliere rechtsbijstandverzekering had afgesloten. Een jurist van Verzekeraar heeft het geschil in behandeling genomen.

2.2 Op 2 mei 2018 is een nieuw arbeidsgeschil ontstaan. Volgens de Werkgever heeft Consument zonder toestemming van de Werkgever betonplaten voor zichzelf gemaakt en meegenomen. Consument met de jurist enerzijds en de Werkgever anderzijds hebben onderhandeld over de beëindiging van het dienstverband. Dit heeft toen niet tot een beëindigingsregeling geleid. De Werkgever heeft vervolgens een verzoekschrift bij de kantonrechter ingediend en verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

2.3 De jurist heeft op 9 augustus 2018 een e-mail naar Consument gestuurd, met daarin de volgende inhoud:

"(…) Wat betreft de mogelijke uitkomsten van een ontbindingsprocedure hebben we dit reeds meermaals besproken, maar zal ik dit zekerheidshalve nog eens bevestigen. De kantonrechter zal zich uiteindelijk moeten uitspreken en de uitkomst kan zijn:

- Dat het verzoek wordt afgewezen en u in dienst blijft;

- Dat het verzoek wordt toegewezen en de arbeidsovereenkomst eindigt. De rechter kan een vergoeding toekennen als de rechter van mening is dat het ontslag niet ernstig verwijtbaar is. In beginsel moet u dan uitgaan van de transitievergoeding. In het verweer ga ik zeker vragen om meer, namelijk ook nog een billijke vergoeding, doch is het aan de rechter om hierover te beslissen. Gelet op het feit dat in uw zaak heel feitelijke gebeurtenissen ten grondslag liggen aan het ontslagverzoek en veel zaken een groot 'woord-tegen-woord' gehalte hebben is het heel lastig om nu een inschatting te maken over de uitkomst;

- Dat het verzoek wordt toegewezen en de arbeidsovereenkomst eindigt en dat geen vergoeding wordt toegekend wegens ernstige verwijtbaarheid. In dat geval moet u er ook rekening mee houden dat dit gevolgen kan hebben voor uw eventuele uitkering, in die zin dat het UWV kan oordelen dat geen uitkering wordt toegekend als sprake is van ernstige verwijtbaarheid. We hebben deze mogelijkheid eerder besproken. Naar aanleiding van uw verhaal over het incident heb ik aangegeven dat ik goede kansen acht voor verweer, doch dat de beslissing uiteindelijk aan een rechter zal zijn. Nu dan ook is aangevoerd dat er voorafgaande aan het incident al van alles gebeurd zou zijn op het gebied van disfunctioneren, verzoek ik u dan ook om uw reactie hierop.

Zoals eerder besproken acht ik een hogere vergoeding dan hetgeen eerder was aangeboden niet reëel en moet u daar dan ook geen rekening mee houden.

Voorts kan tijdens een procedure alsnog onderhandeld worden en een minnelijke regeling getroffen worden. Zolang u echter arbeidsongeschikt bent en er geen reëel zicht is op herstel binnen een redelijke termijn, moet ik bij mijn advies blijven om niet in te stemmen met een regeling. Zieke werknemers die instemmen met een beëindiging krijgen namelijk geen Ziektewetuitkering. Mocht de situatie veranderen en u zou concreet vooruit kunnen zien dat u zich beter kunt melden, dan zou een vertrekregeling alsnog een optie zijn, mits uw werkgever daar dan nog toe bereid is. (…)"

2.4 De jurist heeft Consument per e-mail van 14 augustus 2018 gewezen op zijn recht van vrije advocaatkeuze:

"(…) Tot slot bericht ik u dat, nu een gerechtelijke procedure is opgestart, u op grond van de polis-voorwaarden aanspraak heeft op vrije advocaatkeuze, onder bepaalde voorwaarden. Als u hier meer over wilt weten, dan laat het gerust weten. Anders ga ik er vanuit dat u ermee akkoord bent dat ik de procedure verder voor u voer. (…)"

2.5 De zitting heeft plaatsgevonden op 2 oktober 2018. Tijdens de zitting is een regeling tussen Consument en zijn Werkgever tot stand gekomen. Partijen hebben afgesproken dat de arbeidsovereenkomst eindigt per 1 januari 2019 en dat Consument een beëindigings-vergoeding van € 30.000,00 bruto zou ontvangen. De rechter heeft de afspraken vastgelegd in het proces-verbaal en bekrachtigd bij beschikking van 9 oktober 2018.

2.6 Consument heeft op 24 oktober 2018 de jurist verzocht de beëindigingsovereenkomst met de Werkgever ongedaan te maken en de beschikking van de rechter te laten vernietigen. De jurist heeft op 29 oktober 2018 laten weten dat dit niet mogelijk is.

2.7 Consument heeft per brief van 20 januari 2019 geklaagd over het handelen van de jurist. Volgens Consument heeft de jurist haar werk niet goed gedaan en hij heeft Verzekeraar hiervoor verantwoordelijk gehouden. Het Klachtenbureau van Verzekeraar heeft per e-mail van 13 februari 2019 gereageerd op de klacht van Consument en het standpunt ingenomen dat geen sprake is van een onjuiste behandeling of belangenbehartiging door de jurist.

2.8 Partijen zijn er niet in geslaagd tot een vergelijk te komen. Consument heeft daarna een klacht ingediend bij Kifid.

3. Klacht, vordering en verweer

Klacht en vordering Consument

3.1 Consument klaagt erover dat Verzekeraar hem niet goed heeft bijgestaan in het kader van het geschil met de Werkgever. De jurist heeft Consument op de zitting gepusht om in te stemmen met de beëindigingsovereenkomst. De jurist heeft de belangen van Consument uit het oog verloren. Ook heeft de jurist nagelaten Consument te informeren over de risico's van een beëindigingsovereenkomst bij ziekte. Mede door zijn ziekte kon Consument de gevolgen van de beëindigingsovereenkomst niet overzien.

3.2 Consument heeft op 16 mei 2019 een gesprek gevoerd met zijn oud-collega, de heer [naam oud-collega], hierna: de Oud-collega, die eerder een schriftelijke verklaring had gegeven in het nadeel van Consument.

Uit de geluidsopname die Consument van dat gesprek heeft opgenomen blijkt dat Consument wel toestemming van de Werkgever had om de betonplaten mee te nemen. Maar de Werkgever heeft de Oud-collega opgedragen te verklaren dat Consument geen toestemming had gevraagd. De eerdere schriftelijke verklaring van de Oud-collega berust dus niet op waarheid. Consument heeft deze geluidsopname op 20 mei 2019 naar Verzekeraar gestuurd als onderbouwing dat de beschikking van de kantonrechter moet worden herroepen op grond van artikel 382 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Verzekeraar heeft Consument op 14 juni 2019 laten weten dat de beschikking niet succesvol kan worden herroepen. Dit standpunt is onjuist. Omdat één van de gronden van artikel 382 Rv zich voordoet, had Verzekeraar verdere rechtsbijstand moeten verlenen.

3.3 Consument klaagt verder erover dat Verzekeraar heeft nagelaten hem te wijzen op zijn recht op vrije advocaatkeuze.

3.4 Consument vordert een schadevergoeding van € 275.000,00. Dit bedrag had Consument mogelijk van zijn Werkgever kunnen krijgen als Verzekeraar hem goed had bijgestaan.

Verweer Verzekeraar

3.5 Verzekeraar heeft de stellingen van Consument weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 De vraag die de Commissie moet beantwoorden is of Verzekeraar jegens Consument is tekortgeschoten in zijn verplichtingen uit de rechtsbijstandverzekering. Verzekeraar moet als een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandverlener rechtsbijstand verlenen. Alleen als vastgesteld wordt dat Verzekeraar hierin toerekenbaar is tekortgeschoten, komt de vraag aan de orde of Consument door het handelen of nalaten van Verzekeraar schade heeft geleden.

Deugdelijke rechtsbijstand voor en tijdens de procedure bij de kantonrechter

4.2 De Commissie is van oordeel dat Verzekeraar Consument voor en tijdens de procedure bij de kantonrechter deugdelijk heeft bijgestaan, omdat Verzekeraar een reële inschatting heeft gemaakt van de bewijsrisico's van Consument. De Werkgever had namelijk meerdere getuigenverklaringen van collega's die verklaarden dat Consument zonder toestemming van de Werkgever betonplaten heeft meegenomen. Op Consument rustte de stelplicht en bewijslast dat hij wel toestemming had. Hij heeft één getuigenverklaring van een collega ingebracht. Deze getuigenverklaring zegt echter niets over de gestelde toestemming om betonplaten te maken en mee te nemen in mei 2018.

Consument had toen verder niets om het standpunt van de Werkgever te ontkrachten, naar eigen zeggen omdat geen van zijn andere collega's durfde te verklaren. Daarom was het voor Consument een reëel risico dat de kantonrechter zijn arbeidsovereenkomst zou ontbinden als tussen partijen geen minnelijke regeling tot stand kwam. En als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst had ontbonden, zou Consument wellicht ook geen aanspraak kunnen maken op een WW-uitkering, omdat hij verwijtbaar werkloos was geworden. In dit licht is het advies van Verzekeraar om in te stemmen met een minnelijke regeling begrijpelijk. Verzekeraar heeft Consument in het traject voorafgaand aan de zitting al voldoende gewezen op de risico's van het instemmen met een minnelijke regeling tijdens ziekte.

Geen rechtsbijstand voor een vordering tot herroeping

4.3 Ten aanzien van het verzoek om herroeping van de beschikking overweegt de Commissie als volgt. De geluidsopname van de Oud-collega biedt geen bewijs in het voordeel van Consument. Te horen is dat de Oud-collega herhaalt dat Consument in mei 2018 geen toestemming had om de betonplaten te maken en mee te nemen. De Commissie is daarom van mening dat het verzoek om herroeping onvoldoende is onderbouwd en dus onvoldoende kans van slagen had. Verzekeraar hoefde dan ook geen verdere rechtsbijstand te verlenen.

Vrije advocaatkeuze

4.4 Volgens de verzekeringsvoorwaarden mag een verzekerde een juridisch specialist kiezen als sprake is van een gerechtelijke of administratieve procedure. Dit is in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) over het recht van vrije advocaatkeuze en in lijn met de relevante rechtspraak bij Kifid over dit onderwerp (Geschillencommissie Kifid nr. 2016-472 en 2015-061).

4.5 Nadat de procedure bij de kantonrechter was aangevangen, heeft Verzekeraar Consument in de e-mail van 14 augustus 2018 gewezen op het recht van vrije advocaatkeuze. Kennelijk heeft Consument vervolgens gekozen voor voortzetting van de rechtsbijstand door de jurist van Verzekeraar. Wat daarvan ook zij, Verzekeraar heeft Consument tijdig gewezen op het recht op vrije advocaatkeuze.

4.6 De klacht van Consument is ongegrond en de Commissie zal de vordering afwijzen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

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.