Uitspraak Commissie van Beroep financiële dienstverlening 2021-0011
(mr. C.A. Joustra, voorzitter, mr. A. Bus, mr. G.C.C. Lewin, F.R. Valkenburg AAG RBA, mr. J.B.M.M. Wuisman, leden en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Beroepschrift ontvangen op	: 8 april 2020
Ingediend door	: De consument
Wederpartij	: Achmea Schadeverzekeringen N.V. h.o.d.n. FBTO, gevestigd te Apeldoorn, verder te noemen de verzekeraar
Datum uitspraak	: 15 februari 2021

Samenvatting

Rechtsbijstandsverzekering. Heeft de uitvoerder van de rechtsbijstandsverzekeraar gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandsverlener mag worden verwacht? Verzekerde heeft een geschil met haar (voormalig) werkgever en doet daarvoor een beroep op haar rechtsbijstandsverzekering. De uitkomst van de civiele procedure is grotendeels in het nadeel van verzekerde. Zij is van mening dat de rechtsbijstandsverzekeraar steken heeft laten vallen in de procedure tegen de werkgever. De Commissie van Beroep stelt haar in het ongelijk en volgt daarmee het oordeel van de Geschillencommissie.

Klik hier voor de uitspraak van de Geschillencommissie

1. De procedure in beroep

1.1 Bij een op 8 april 2020 gedateerd beroepschrift heeft de consument bij de Commissie van Beroep financiële dienstverlening (verder: de Commissie van Beroep) beroep ingesteld tegen een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: de Geschillencommissie) van 27 februari 2020 (dossiernummer [nummer], gepubliceerd onder nummer 2020-178).

1.2 De verzekeraar heeft een op 13 mei 2020 gedateerd verweerschrift ingediend.

1.3 Bij brief van 18 augustus 2020 met bijlagen en brief van 30 september 2020 met bijlage heeft de consument aanvullende stukken ingediend.

1.4 De verzekeraar heeft een op 12 oktober 2020 gedateerd aanvullend verweerschrift ingediend.

1.5 De consument heeft op 4 en 9 november 2020 aanvullende stukken ingediend.

1.6 Bij brief van 11 november 2020 heeft de verzekeraar op de aanvullende stukken gereageerd.

1.7 Partijen hebben ervan afgezien om op 16 november 2020 te verschijnen voor de mondelinge behandeling van het beroep.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure bij de Geschillencommissie verwijst de Commissie van Beroep naar de uitspraak van de Geschillencommissie van 27 februari 2020.

3. Feiten

3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in de uitspraak onder 2.1 tot en met 2.12. De feiten zijn niet betwist en worden voor zover relevant aangevuld met enkele andere feiten die tussen partijen vaststaan. Kort gezegd gaat het om het volgende.

3.2 De consument heeft een rechtsbijstandsverzekering afgesloten bij de verzekeraar. De verzekering biedt dekking voor particuliere rechtshulp. De verzekeraar heeft de uitvoering van de rechtsbijstandverzekering uitbesteed aan Stichting Achmea Rechtsbijstand, hierna de uitvoerder genoemd.

3.3 De consument is in 2001 bij een zorginstelling (hierna: de werkgever) in vaste dienst getreden als bejaardenhulp nachtdienst. Voor haar werkzaamheden verbleef zij 's nachts in het verpleeghuis, waar zij mocht slapen en gebruik kon maken van een bed.
In 2003 is de functie van de consument gewijzigd, in die zin dat de slaapdiensten werden vervangen door 'wakkere diensten', waarbij de consument (lichte) zorgverlenende taken diende te verrichten. Zij is per 1 april 2004 met terugwerkende kracht boventallig verklaard. De consument en de werkgever hebben vervolgens jarenlang correspondentie en overleg gevoerd over de door de consument te verrichten werkzaamheden.

3.4 De werkgever heeft in 2009 bij de kantonrechter Amsterdam een verzoek ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De consument heeft zich in die procedure op eigen kosten laten bijstaan door een door haarzelf ingeschakelde advocaat (verder: advocaat A). De kantonrechter heeft bij beschikking van 16 november 2009 de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2010 ontbonden op de grond dat de voortzetting daarvan in alle redelijkheid niet langer van de werkgever was te vergen. De kantonrechter heeft geoordeeld dat er geen passende functies voor de consument voorhanden waren en dat het niet in de lijn der verwachting lag dat deze op een redelijke termijn beschikbaar zouden komen. Het is, aldus de kantonrechter, afdoende gebleken dat inmiddels de goede verstandhouding, noodzakelijk voor een verdere samenwerking tussen partijen, blijvend is komen te ontbreken.

3.5 De kantonrechter heeft in de beschikking van 16 november 2009 verder geoordeeld dat aan de consument geen vergoeding toekomt. Daartoe heeft zij onder meer overwogen:

"12. (…) Voldoende staat vast dat de oorspronkelijke functie van [Consument] in 2003 inhoudelijk is gewijzigd en in 2004 is komen te vervallen.

Daarbij is aannemelijk geworden dat [Consument] deze wijziging niet heeft willen accepteren en is blijven vast houden aan de oorspronkelijke situatie, waarbij zij tijdens haar diensten een bed ter beschikking had en tijdens haar diensten mocht slapen. Uiteindelijk heeft dit geleid tot de uitval van [Consument].
13. Na deze uitval hebben beide partijen volstrekt onvoldoende gedaan om een werkhervatting van [Consument] in een passende functie te doen slagen; [De Werkgever] én [Consument] treft dit verwijt. [De Werkgever] heeft weinig adequaat en met te grote tussenpozen actie ondernomen en [Consument] heeft zich te weinig coöperatief en te afwachtend opgesteld. Immers van een goed werknemer mag worden verwacht dat deze niet stil zit en thuis afwacht waar de werkgever mee komt, maar actief meedenkt en reageert op toegestuurde vacatures.
14. [De Werkgever] heeft vervolgens in 2008 cq 2009 de draad opgepakt en heeft toen getracht [Consument] op zinvolle wijze te re-integreren. Dat zulks niet is gelukt, is niet aan [de Werkgever] te wijten. [Consument] heeft een passende functie aangeboden gekregen, die zij niet heeft willen proberen. (…)
15. Meegewogen wordt in dit verband voorts dat [Consument] feitelijk maar 2,5 jaar heeft gewerkt en daarna gedurende 5,5 jaar volledig salaris heeft doorbetaald gekregen, zonder dat daar een prestatie tegenover heeft gestaan. 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."

3.6 Op 31 december 2009 heeft de consument beroep gedaan op de rechtsbijstandverzekering vanwege het conflict met de werkgever. Met rechtsbijstand van een interne jurist van de uitvoerder heeft de consument bij dagvaarding van 8 maart 2011 een vordering tegen de werkgever aanhangig gemaakt bij de kantonrechter Amsterdam. Hierin vordert de consument (voor zover hier van belang):

"A [De Werkgever] te veroordelen tot betaling aan [Consument] van 1,021,01 vakantie uren (…);
B [De Werkgever] te veroorde[len] tot betaling aan [Consument] van een bedrag van € 44.057,07 inzake gemaakte advocaatkosten;
C Te verklaren voor recht dat [de Werkgever] verplicht is jegens [Consument] de bepalingen omtrent wachtgeld conform de CAO VVT uit te voeren;
D [De Werkgever] te veroordelen tot betaling van het wachtgeld conform de CAO VVT aan [Consument];"

Ter zake van het wachtgeld vermeldt de dagvaarding het volgende:

"25. Nu dat de arbeidsovereenkomst tussen [Consument] is ontbonden, kan [Consument] aanspraak maken op wachtgeld op basis van de CAO VVT. Artikel 9.8.1 geeft de voorwaarden waaraan voldaan dient te worden. [Consument] voldoet aan deze voorwaarden. (…)
26. [De Werkgever] meent dat de arbeidsovereenkomst niet is ontbonden als gevolg van verval van functie maar om andere redenen. Er zou daarom niet voldaan zijn aan de eisen zoals opgenomen in de CAO VVT.

27. [Consument] is van mening dat wel degelijk voldaan is aan de eisen zoals opgenomen in de CAO VVT. In de beschikking van 16 november 2009 overweegt de kantonrechter in overweging 12: "Voldoende staat vast dat de oorspronkelijke functie van [Consument] in 2003 inhoudelijk is gewijzigd en in 2004 is komen te vervallen". (…) Na het verval van de functie van [Consument] is er geen passende functie voor [Consument] meer gevonden binnen [de organisatie van de Werkgever]. Naar de mening van [Consument] dient in deze wel het uitgangspunt te zijn het verval van haar functie. Bij verval van een functie kan een werknemer aanspraak maken op wachtgeld zo ook dus [Consument].
28. Van belang hierbij is dat [de Werkgever] steeds voorgehouden heeft dat [Consument] een wachtgeld uitkering zou krijgen als aanvulling op haar ww uitkering. Deze mededeling is mede overweging van de kantonrechter geweest geen ontbindingsvergoeding tot te kennen. Als productie 10 wordt hier een berekening overgelegd die grondslag vormt voor een voorstel van [de Werkgever]. Volgens deze berekening had [Consument] recht op wachtgeld gedurende de eerste 6 maanden een aanvulling tot 100%, daarna 3 maanden tot 80% en vervolgens 75%. [De Werkgever] ging er met andere woorden vanuit dat [Consument] wachtgeld zou krijgen."

3.7 Bij vonnis van 4 juli 2012 heeft de kantonrechter de vordering ter zake van de advocaatkosten gedeeltelijk toegewezen, namelijk voor zover het gaat om de advocaat-kosten die zijn gemaakt in de periode van 1 december 2005 tot 22 juni 2009. De kantonrechter begroot deze kosten op € 2.500,-. De overige vorderingen zijn afgewezen. Ter zake van het wachtgeld overweegt de kantonrechter:

"19. [Consument] baseert dit onderdeel van de vordering op de stelling dat de oorzaak van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ligt in het verval van haar functie en het ontbreken van passende andere functies (…). Zij stelt dat [de Werkgever] steeds heeft voorgehouden dat zij wachtgeld zou krijgen als aanvulling op een WW-uitkering. 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.
21. [Consument] heeft haar bij dagvaarding ingenomen standpunt, dat [de Werkgever] steeds heeft voorgehouden dat zij wachtgeld zou krijgen als aanvulling op een WW-uitkering, na betwisting niet verder toegelicht, zodat daaraan zal worden voorbijgegaan.
(…)
23. Aldus resteert de vraag of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vooral het gevolg is geweest van het vervallen van de oorspronkelijke werkzaamheden van [Consument], dan wel van de eisen die [Consument] stelde aan de werkzaamheden die zij ter vervanging daarvan wilde verrichten.
24. Daarbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat de functies die [Consument] tot juni 2009 zijn aangeboden niet aansloten bij haar opleiding en ervaring. Met betrekking tot de in juni 2009 aangeboden functie van woonbegeleider ligt het evenwel anders. Gesteld noch gebleken is immers, dat dit een onredelijk aanbod van [de Werkgever] was. Deze functie is passend geoordeeld in het kader van de re-integratie na ziekmelding en [Consument] heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij deze functie serieus heeft overwogen, noch dat zij een gerechtvaardigd belang had om deze functie niet te aanvaarden. Daaruit volgt dat het verweer van [de Werkgever], dat het aan

[Consument] is te wijten dat zij niet in een andere functie aan het werk is gegaan waardoor de arbeidsrelatie uiteindelijk onherstelbaar verstoord is geraakt, slaagt. De vordering tot verklaring voor recht zal worden afgewezen."

3.8 Na een verschil van mening over de haalbaarheid van hoger beroep tegen het vonnis van de kantonrechter, heeft de consument beroep gedaan op de geschillenregeling van de verzekeraar. In de door advocaat A op 6 december 2012 afgegeven second opinion over de beroepsmogelijkheden schrijft advocaat A onder meer het volgende:

*"**Advocaatkosten***
Hier zie ik minder kansen voor [Consument] in hoger beroep. Voor wat betreft de werkelijke kosten in de periode 1 december 2005 en 22 juni 2009, kom ik tot een totaalbedrag van € 4.621,98 inclusief BTW. (…)
Dat de kosten na 22 juni 2009 voor rekening van [Consument] komen, hang[t] af van het oordeel of zij gerechtigd was de aangeboden arbeid niet te aanvaarden, waarover hieronder meer.
In ieder geval heeft de kantonrechter gelijk wanneer gesteld wordt dat de advocaatkosten verbonden aan de ontbindingsprocedure (de grootste kostenpost in de tweede helft van 2009) vallen onder de proceskosten van de ontbindingsprocedure en derhalve niet in deze procedure te vorderen zijn.
Het billijkheidsoordeel (gegrond op artikel 7:611 BW) om niet de volledige kosten toe te wijzen is natuurlijk altijd aanvechtbaar in hoger beroep, maar acht ik niet kansrijk.

Wachtgeld
De vraag of [Consument] recht heeft op wachtgeld hangt geheel af van de vraag of uiteindelijk de arbeidsovereenkomst van [Consument] is ontbonden doordat haar functie was komen te vervallen, of omdat zij weigerde passende arbeid te aanvaarden.
Onder punt 24 noemt de kantonrechter de gronden waarop geoordeeld wordt dat het [Consument] te verwijten is dat de arbeidsrelatie uiteindelijk onherstelbaar verstoord was geraakt. Mijns inziens valt er op deze argumenten af te dingen. (…)

Flexpensioen
Als laatste heeft [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 [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. (…).

Conclusie
Ik concludeer dat er voldoende aanleiding is voor [Consument] om het hoger beroep door te zetten. (…) [V]oorts 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."

3.9 De uitvoerder heeft vervolgens advocaat A de opdracht verstrekt om de consument bij te staan in de hoger beroep procedure. Hof Amsterdam heeft bij arrest van 26 mei 2015 het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd, met uitzondering van de afwijzing van een (bij de Commissie van Beroep niet meer relevante) vordering tot uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen. Ten aanzien van de stelling van de consument dat de werkgever haar steeds heeft voorgehouden dat zij wachtgeld zou krijgen als aanvulling op een WW-uitkering, heeft het hof overwogen:

" 3.18 (…) [Consument] wijst in de toelichting op haar grief erop dat beide partijen in discussie waren over een regeling die inhield dat zij een vergoeding zou ontvangen gelijk aan het wachtgeld. Dit is volgens haar uitdrukkelijk aangeboden. Het hof gaat hieraan voorbij. [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 ontbindingsbeschikking niet uitgegaan van een recht op wachtgeld maar slechts van de mogelijkheid daartoe. De grief faalt".

Ten aanzien van de vordering inzake het wachtgeld heeft het hof verder overwogen:

"3.21 (…) [Consument] voert aan dat het niet terecht is de oorzaak van de onherstelbaar verstoorde arbeidsrelatie bij [Consument] te leggen. Zij wijst op de voorgeschiedenis en het niet passende aanbod. Het hof heeft echter reeds geoordeeld dat de aangeboden functies passend waren. Niet kan worden ingezien waarom het gelet op de voorgeschiedenis niet van [Consument] was te vergen dat zij op het aanbod in zou gaan. Het enkele tijdsverloop, de niet verleende ontslagvergunning noch de geschillen over de betaling van salaris en onregelmatigheidstoeslag of de onduidelijke communicatie geven daarvoor voldoende aanleiding. [Consument] wijst nog erop dat de gevolgen voor haar zeer groot zijn. Het hof ziet hierin echter geen aanleiding om anders te oordelen omtrent de passendheid van de functie. Het hof merkt tot slot op dat [Consument] niet heeft bestreden dat in het geval dat [de Werkgever] de functies in redelijkheid had kunnen aanbieden en van haar gevergd kon worden een van de functies te aanvaarden, zij geen recht op wachtgeld heeft. De grief faalt."

3.10 Na het arrest van het hof zijn er twee cassatieadviezen uitgebracht. Beide adviezen luidden negatief.

3.11 In 2015 heeft de consument een nieuw rechtshulpverzoek gedaan aan de uitvoerder teneinde de werkgever aan te kunnen spreken voor de financiële gevolgen van de verplichte ingang van haar Flexpensioen na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit verzoek heeft de uitvoerder afgewezen op de grond dat die procedure gezien de second opinion van 6 december 2012 van advocaat A geen redelijke kans van slagen had.

Daarop heeft de consument een klacht bij Kifid ingediend. In die procedure vorderde de consument dekking voor het geschil met de werkgever over de pensioenschade, dan wel een second opinion over de haalbaarheid van een dergelijke claim.

3.12 Op 18 april 2017 heeft de Geschillencommissie de vordering van de consument afgewezen (zaak GC 2017-252). De Geschillencommissie heeft in die uitspraak vooropgesteld dat de rechtsbijstandverzekering alleen dekking biedt ten aanzien van juridische conflicten waarbij voldoende mogelijkheden zijn om het door de verzekerde beoogde resultaat met redelijke kans van slagen te bereiken. In dit geval heeft een onafhankelijke advocaat (advocaat A) de haalbaarheid van de zaak al inhoudelijk beoordeeld. Onder verwijzing naar (onder meer) de second opinion van 6 december 2012 van advocaat A concludeert de Geschillencommissie dat verzekeraar zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de consument geen recht heeft op dekking voor haar geschil.

3.13 De consument heeft op 5 september 2017 bij de uitvoerder geklaagd over de uitvoering van de rechtsbijstand. De uitvoerder heeft de klacht van de hand gewezen waarna de consument zich tot Kifid heeft gewend.

4. Klacht en uitspraak Geschillencommissie

4.1 In de procedure bij de Geschillencommissie heeft de consument gesteld dat zij als gevolg van de werkwijze van de uitvoerder schade heeft geleden bestaande uit (voor zover in beroep nog relevant) misgelopen wachtgeld, niet vergoede advocaatkosten en pensioenschade. De consument wenst dat de uitvoerder deze schade vergoedt.

4.2 De Geschillencommissie heeft beoordeeld of de uitvoerder heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandsverlener mag worden verwacht. Daarbij hanteert de Geschillencommissie het uitgangspunt dat de uitvoerder verantwoordelijk is voor de kwaliteit en de uitvoering van de rechtsbijstand door haar eigen medewerkers, maar niet voor de kwaliteit van de werkzaamheden van de door haar ingeschakelde advocaten.

4.3 Naar het oordeel van de Geschillencommissie zijn de verwijten van de consument ter zake van het wachtgeld terug te voeren op het feit dat zij zich niet kan verenigen met het vonnis van 4 juli 2012 van de kantonrechter dat zij geen recht heeft op wachtgeld. De consument blijft vasthouden aan de stelling dat in de ontbindingsbeslissing wel van de toekenning van wachtgeld is uitgegaan en dat de werkgever hiervan ook is uitgegaan. Dat de kanton-rechter in het vonnis van 4 juli 2012 de visie van de consument niet deelt, is niet aan de werkwijze van de uitvoerder te wijten. Verder is de Geschillencommissie van oordeel dat de consument haar stelling dat met het inbrengen van de beëindigingsovereenkomst de toezegging van de werkgever tot het betalen van wachtgeld aangetoond had kunnen worden, onvoldoende heeft onderbouwd.

4.4 Wat betreft de advocaatkosten is de Geschillencommissie uitgegaan van de vaststelling dat, anders dan de consument stelt, de declaraties ter onderbouwing van de vordering aan advocaatkosten wel bij de dagvaarding zijn overgelegd aan de kantonrechter.

De gevorderde advocaatkosten zijn blijkens het vonnis ook niet afgewezen vanwege een gebrek aan onderbouwing, maar op inhoudelijke gronden.

4.5 Het niet vorderen van pensioenschade van de werkgever is naar het oordeel van de Geschillencommissie niet onzorgvuldig. De uitvoerder heeft de 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 (Baijings-arrest) weinig heil zag. Advocaat A heeft over de verhaalbaarheid van die schade om dezelfde reden ook negatief geadviseerd.

4.6 De Geschillencommissie is van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de uitvoerder heeft gehandeld in strijd met wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandsverlener mag worden verwacht. De vordering van de consument is daarom afgewezen.

5. Beoordeling van het beroep

Het wachtgeld

5.1 In beroep heeft de consument over het wachtgeld het volgende aangevoerd. Na de mondelinge behandeling in de ontbindingsprocedure heeft de advocaat van de werkgever de consument een vaststellingsovereenkomst aangeboden. De consument heeft die overeenkomst niet ondertekend maar het oordeel van de kantonrechter afgewacht als alternatief voor de aangeboden vaststellingsovereenkomst. Nu in de ontbindingsbeschikking sprake is van de wachtgeldregeling, had daarin aanleiding moeten worden gevonden om het nakomen van de wachtgeldregeling als uitgangspunt aan te houden. Toen de werkgever niet tot betaling van het wachtgeld overging, heeft de consument zich tot de uitvoerder gewend. De consument heeft erop vertrouwd dat de uitvoerder de juiste stappen had genomen en dat hij de werkgever aansprakelijk zou hebben gesteld voor de betaling van het wachtgeld. De jurist van de uitvoerder heeft in de vervolgprocedure bij de kantonrechter echter alleen een verklaring voor recht gevorderd. Die verklaring voor recht bleek kansloos te zijn. Het was volgens de consument wel aannemelijk dat de kantonrechter een vordering tot betaling zou hebben toegewezen.

5.2 De Commissie van Beroep oordeelt als volgt. Het uitgangspunt bij de beoordeling van dit geschil is of de uitvoerder heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandsverlener mag worden verwacht. Uit de overgelegde stukken blijkt niet dat de uitvoerder de werkgever aansprakelijk heeft gesteld voor betaling van wachtgeld op de grond dat de werkgever heeft nagelaten te voldoen aan het oordeel van de kantonrechter in de ontbindingsprocedure dat de consument recht heeft op wachtgeld. In de inleidende dagvaarding is slechts aangevoerd dat de werkgever de consument steeds voorgehouden heeft dat zij een wachtgelduitkering zou krijgen als aanvulling op haar WW-uitkering en dat dit mede aanleiding voor de kantonrechter is geweest geen ontbindings-vergoeding tot te kennen.

Naar de Commissie van Beroep begrijpt, is de consument van mening dat de uitvoerder (duidelijker) had moeten stellen dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure al positief had beslist over haar recht op wachtgeld en dat de werkgever op die grond tot betaling had moeten overgaan. In ieder geval had de uitvoerder moeten aanvoeren dat de consument recht had op wachtgeld, omdat (a) haar een vaststellingsovereenkomst was aangeboden, (b) het afwachten van de uitspraak van de kantonrechter het alternatief daarvoor was en (c) in de uitspraak van de kantonrechter de wachtgeldregeling ter sprake kwam.

5.3 Naar het oordeel van de Commissie van Beroep kan van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandsverlener niet worden verwacht dat hij deze stelling in de procedure bij de kantonrechter naar voren zou hebben gebracht. Anders dan de consument veronderstelt, heeft de kantonrechter immers in de ontbindingsbeschikking niet geoordeeld dat de consument recht heeft op wachtgeld. Wanneer de jurist van de uitvoerder had aangevoerd dat in de ontbindingsbeschikking wel was beslist over het recht op wachtgeld, dan acht de Commissie van Beroep de kans op succes van die stelling verwaarloosbaar klein. Ook de argumenten van de consument dat het afwachten van de uitspraak van de kantonrechter het alternatief was voor de aangeboden vaststellings-overeenkomst en dat in de uitspraak van de kantonrechter de wachtgeldregeling ter sprake kwam, geven geen aanleiding om anders te oordelen. Niet valt in te zien hoe en waarom uit die omstandigheden kan worden afgeleid dat de consument recht heeft op wachtgeld.

5.4 Daar komt nog het volgende bij. De consument is van het vonnis van 4 juli 2012 in hoger beroep gegaan, waarbij zij werd bijgestaan door advocaat A, die niet in dienst is bij de uitvoerder. Uit het arrest van het hof volgt dat advocaat A naar voren heeft gebracht dat de toekenning van wachtgeld tijdens de ontbindingsprocedure aan de orde is gesteld. Het hof heeft daarover onder meer overwogen: "*Ook de kantonrechter is gelet op de formulering van de ontbindingsbeschikking niet uitgegaan van een recht op wachtgeld maar slechts van de mogelijkheid daartoe.*"

5.5 De consument heeft verder gesteld dat de keuze om een verklaring voor recht met betrekking tot het wachtgeld te vorderen, tot aansprakelijkheid leidt. Volgens de consument leidde die keuze tot een vordering die kansloos bleek.

5.6 De Commissie van Beroep overweegt als volgt. Niet valt in te zien waarom een vordering tot veroordeling van de werkgever tot betaling van wachtgeld meer kans van slagen zou hebben gehad dan een vordering van een verklaring voor recht dat de werkgever verplicht is de wachtgeldregeling uit te voeren.

5.7 De conclusie is dat de klacht over het wachtgeld ongegrond is.

Het Flexpensioen

5.8 De consument heeft over het Flexpensioen, zijnde een prepensioen, het volgende aangevoerd. Het Flexpensioen valt onder de wachtgeldregeling. De verplichte ingang van het Flexpensioen had grote nadelige financiële gevolgen.

De consument heeft op 20 september 2013 van advocaat A een bericht gekregen in verband met haar vraag over het Flexpensioen. Daaruit blijkt, aldus de consument, dat advocaat A de uitvoerder heeft geadviseerd om de werkgever aansprakelijk te stellen. De uitvoerder heeft dit nagelaten en de consument is van mening dat dit aanzienlijke nadelige financiële gevolgen voor haar gehad.

5.9.1 De Commissie van Beroep overweegt als volgt. In december 2009 heeft de consument verzocht om rechtshulp. In dat kader heeft een jurist van de uitvoerder in 2011 aan de consument bericht, na overleg met een collega die zich bezighoudt met pensioenkwesties, geen mogelijkheden te zien voor het verhalen van de pensioenschade op de werkgever. Dat mocht de uitvoerder redelijkerwijs zo beoordelen. Dit vindt bevestiging in de second opinion van advocaat A van 6 december 2012. Daarin komt advocaat A op grond van een hernieuwd onderzoek van de pensioenkwestie tot dezelfde conclusie. Voor zover de consument van mening is dat het advies van advocaat A onjuist was, is de uitvoerder daarvoor niet aansprakelijk. De consument heeft overigens ook niet aangevoerd dat en waarom de second opinion van advocaat A onjuist zou zijn. De stelling van de consument dat advocaat A haar in 2013 (alsnog) heeft geadviseerd om de werkgever wél aansprakelijk te stellen, maakt het voorgaande niet anders. Uit het citaat dat de consument in haar beroepschrift heeft opgenomen volgt dat advocaat A dat advies slechts heeft gegeven om te voorkomen dat de vordering zou verjaren. Dat (op zichzelf begrijpelijke) advies zegt niets over het antwoord op de vraag of de vordering kansrijk is.

5.9.2 Voor zover de klacht begrepen moet worden als een klacht over de beslissing van de uitvoerder om na het nieuwe rechtsbijstandsverzoek van 2015 opnieuw te weigeren rechtsbijstand te verlenen in verband met de pensioenschade, geldt dat die klacht reeds is behandeld in de uitspraak van de Geschillencommissie van 18 april 2017. In deze zaak kan die klacht niet nogmaals aan de orde worden gesteld.

5.10 De conclusie is dat de klacht over het Flexpensioen ongegrond is.

Advocaatkosten

5.11 De consument heeft aangevoerd dat zij het oneens is met de beslissing van de kantonrechter in het vonnis van 4 juli 2013 om de vergoeding voor de advocaatkosten te beperken tot 22 juni 2009.

5.12 Naar het oordeel van de Commissie van Beroep heeft de consument niet duidelijk gemaakt waarom de uitvoerder een verwijt kan worden gemaakt dat de kantonrechter de gevorderde advocaatkosten niet volledig heeft toegewezen. Om die reden kan dit onderdeel van de vordering van de consument niet worden toegewezen. Uit de second opinion van advocaat A volgt ook niet dat de jurist van de uitvoerder op dit punt fouten heeft gemaakt. Daar komt bij dat de kwestie in hoger beroep niettemin opnieuw aan de orde had kunnen worden gesteld. Voor zover dat ten onrechte niet is gebeurd, is de uitvoerder daarvoor niet aansprakelijk.

5.13 De klacht over de advocaatkosten is ongegrond.

Het procesdossier in de procedure bij de kantonrechter

5.14 In aanvullend brieven van 18 augustus 2020 en 20 september 2020 aan de Commissie van Beroep stelt de consument verder dat de jurist van de uitvoerder in de in 2011 gestarte dagvaardingsprocedure bij de kantonrechter niet alle producties bij de inleidende dagvaarding volledig heeft overgelegd, althans dat er twee verschillende versies van de inleidende dagvaarding (inclusief producties) in omloop zijn. Meer in het bijzonder is de consument van mening dat de ontbindingsbeschikking niet, althans niet volledig is overgelegd. De consument is – kort gezegd – van mening dat zij in die procedure daardoor minder kansrijk was.

5.15 De Commissie van Beroep ziet in deze brieven geen aanleiding om over de hierboven weergegeven klachten anders te oordelen.

5.16 Ten overvloede overweegt de Commissie van Beroep als volgt. De consument heeft onvoldoende aangevoerd om aannemelijk te achten dat noch de rechtbank, noch het hof destijds over de (volledige) ontbindingsbeschikking hebben beschikt, laat staan dat er enige grond is om te veronderstellen dat de jurist van de uitvoerder opzettelijk heeft nagelaten bepaalde stukken over te leggen. Uit het vonnis van de kantonrechter volgt dat de kantonrechter beschikte over de ontbindingsbeschikking. Immers, de kantonrechter citeert in rov. 1.11 rechtstreeks uit deze beschikking en ook uit rov. 20 blijkt dat de kantonrechter de inhoud van de ontbindingsbeschikking kende. Uit het arrest van het hof volgt dat het procesdossier van het hof in ieder geval de ontbindingsbeschikking bevatte, omdat het hof in rov. 3.1.8 rechtstreeks uit die beschikking citeert. Dat er als gevolg van het veelvuldig kopiëren van het dossier op enig moment pagina's zijn zoekgeraakt, is heel wel mogelijk. Het is echter goed gebruik in de rechterlijke macht om ontbrekende stukken/pagina's bij partijen op te vragen, zeker als het gaat om stukken/pagina's die essentieel kunnen zijn voor de te nemen beslissing. De consument heeft ook onvoldoende aangevoerd om aannemelijk te achten dat indien de kantonrechter en het hof niet over bepaalde producties beschikten en in dit geval geen ontbrekende producties hebben opgevraagd, deze gang van zaken ten nadele van de consument invloed heeft gehad op hun beslissingen, dus dat de vorderingen van consumenten kansrijker zouden zijn geweest als uitvoerder meer had gedaan om zeker te stellen dat de kantonrechter en het hof over alle producties zouden beschikken. Ook de klacht over het procesdossier is dus ongegrond. Opmerking verdient nog dat de Commissie van Beroep in hetgeen de consument (nader) heeft aangevoerd en toegezonden, onvoldoende aanknopingspunten ziet om te veronderstellen dat de uitvoerder moedwillig incomplete gedingstukken heeft ingediend bij de kantonrechter of het hof.

Slotsom

5.17 De slotsom is dat de klachten van de consument ongegrond zijn. De Commissie van Beroep zal de beslissing van de Geschillencommissie handhaven.

6. Beslissing

De Commissie van Beroep:

handhaaft de uitspraak van de Geschillencommissie.