Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-317
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. C.J.M. Veltmaat, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 8 september 2017
Ingediend door	: Consument
Tegen	: N.V. Noordhollandsche van 1816, gevestigd te Oudkarspel, verder te noemen Verzekeraar, waarbij de uitvoering van rechtsbijstand is overgedragen aan ARAG, verder te noemen Rechtsbijstanduitvoerder
Datum uitspraak	: 1 mei 2019
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consument klaagt dat Rechtsbijstanduitvoerder heeft verzuimd de vordering ten aanzien van inkomensschade te stuiten. De vraag die de Commissie moet beantwoorden is of Rechtsbijstand-uitvoerder jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn verplichtingen uit hoofde van de rechtsbijstandverzekering. De Commissie overweegt dat op Consument de stelplicht en bewijslast rust dat sprake is van toerekenbare tekortkoming van Rechtsbijstanduitvoerder. Een stuiting is pas aan de orde wanneer sprake is van een haalbare vordering. Consument heeft, na gemotiveerde betwisting van Rechtsbijstanduitvoerder, niet nader onderbouwd waarom de vordering tot vergoeding van de inkomensschade enige slagingskans had. Daarom is niet vast komen te staan dat Rechtsbijstanduitvoerder toerekenbaar is tekortgeschoten. De Commissie wijst de vordering af.

1. Procesverloop

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

- de klachtbrief van Consument met bijlagen;
- het door Consument ingediende klachtformulier, inclusief bijlagen;
- het verweerschrift van Rechtsbijstanduitvoerder;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Rechtsbijstanduitvoerder en
- de aanvullende reactie van Consument van 11 februari 2019.

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 particuliere rechtsbijstandverzekering gesloten die is ingegaan op 1 april 2010. Op de verzekering, die geadministreerd wordt onder polisnummer [polisnummer], zijn de voorwaarden ARAG ProRechtPolis van toepassing. Daarin is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

> **17. Als u het niet met ons eens bent**
> Wij vinden het belangrijk om uw conflict goed te behandelen. Toch kan het gebeuren dat u het niet met ons eens bent over de juridische stappen die wij willen nemen. Of dat wij vinden dat het resultaat dat u wilt bereiken geen redelijke kans van slagen heeft. Kunnen u en wij het daarover niet met elkaar eens worden? Dan gebeurt het volgende.
> - In overleg met u maken wij een brief. Daarin formuleren we precies uw standpunt en ons standpunt.
> - Wij vragen de plaatselijke Deken van de Orde van Advocaten om een scheidsrechter aan te wijzen. Dat is altijd een onafhankelijke advocaat.
> - Wij sturen de brief met uw en ons standpunt naar de scheidsrechter. Ook krijgt hij van ons alle informatie die belangrijk is om ons meningsverschil te kunnen beoordelen.
> - De scheidsrechter beslist met deze informatie wie er gelijk heeft, u of wij. Hij mag voor zijn beslissing geen nieuwe informatie gebruiken.
> - Wat de scheidsrechter ook beslist, u en wij moeten ons aan zijn beslissing houden.
>
> Wij betalen de scheidsrechter. Deze kosten tellen niet mee bij het maximale bedrag dat we vergoeden.
>
> **Is de scheidsrechter het met ons eens?**
> Als de scheidsrechter vooral ons gelijk geeft, zijn er twee mogelijkheden.
> 1. Wij behandelen uw conflict zoals wij eerder hadden voorgesteld.
> 2. U wilt het conflict behandelen zoals u denkt dat het goed is. […]
>
> **Is de scheidsrechter het met u eens?**
> Als de scheidsrechter vooral u gelijk geeft, behandelen wij uw conflict zoals de scheidsrechter heeft geadviseerd. Schakelen we voor de verdere behandeling een advocaat in? Dan mag u kiezen wie dat wordt. U mag alleen niet kiezen voor de scheidsrechter en ook niet voor iemand die voor zijn kantoor werkt.

2.2 Consument heeft een geschil met zijn voormalig advocaat, die Consument heeft bijgestaan naar aanleiding van een ongeval op 2 april 2007. In dit geschil heeft het Hof van Discipline, over door Consument ingediende tuchtklachten, onder meer geoordeeld dat de advocaat ten onrechte niet de pensioenschade van Consument in de onderhandelingen met de aansprakelijkheidsverzekeraar van de wederpartij heeft meegenomen.

2.3 Consument heeft zich vervolgens gewend tot Rechtsbijstanduitvoerder. Een interne jurist van Rechtsbijstanduitvoerder heeft de juridische positie van Consument geanalyseerd en een haalbaarheidsoordeel gegeven. Dit is op 16 augustus 2013 gecommuniceerd met Consument. De interne jurist acht de kans groot dat Consument kan aantonen dat de voormalig advocaat is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst, gezien het oordeel van het Hof van Discipline. De juridische analyse is gericht op pensioenschade.

2.4 De interne jurist heeft een conceptbrief opgesteld en deze voorgelegd aan Consument. Consument heeft vervolgens op 8 oktober 2013 de volgende e-mail gestuurd:

> Bij dezen beantwoord ik u brief. Ik begreep niet goed of ik het moest beantwoorden. Ik ontdekte vandaag uw bijlage aan [naam advocaat]. Ik ga ervan uit dat u reeds de brief heeft verzonden aan [naam advocaat]. Het pensioentekort 22491,80 euro is terecht. Hopelijk dat er toch nog een schadeclaim kan voor 500 euro tekort per maand en een immateriële schade claim kan over de jaren die ik tekort kom.

2.5 Naar aanleiding van deze e-mail heeft de interne jurist telefonisch overleg met Consument gehad. In de door Rechtsbijstanduitvoerder overgelegde telefoonnotitie staat het volgende:

> Aangegeven dat ik de WP alleen aansprakelijk zal stellen voor de pensioenschade nu zowel in de uitspraak van de Raad van Discipline als die van het Hof is bepaald dat is komen vast te staan dat de WP de pensioenschade ten onrechte niet heeft meegenomen in de schade onderhandelingen met Achmea. Niet is komen vast te staan dat de WP de inkomensschade niet (volledig) heeft meegenomen in de schade onderhandelingen. […] Client begreep het en ging akkoord met aansprakelijkstelling alleen voor de pensioenschade.

2.6 Het aan Consument voorgelegde concept is diezelfde dag in ongewijzigde vorm naar de voormalig advocaat verzonden. Dit heeft niet tot een vergelijk geleid. De zaak is daarom op 17 juni 2014 overgedragen aan een voorkeursadvocaat voor het starten van een procedure.

2.7 De voorkeursadvocaat heeft in haar notitie van 29 september 2014 een uitgebreide juridische analyse gegeven. Op 16 december 2014 is een conceptbrief aan Consument voorgelegd. Hierin is het verschil in inkomen niet meegenomen, omdat deze schade volgens de voorkeursadvocaat niet haalbaar is. Een van de redenen daarvoor is dat het verlies van arbeidsvermogen niet aan de orde is geweest bij de tuchtprocedure. Consument en de voorkeursadvocaat werden het niet eens over de door haar geschetste mogelijkheden. In december 2015 is de zaak daarom overgedragen naar een andere advocaat, waarvan de kosten door Rechtsbijstanduitvoerder zijn betaald.

2.8 Deze tweede voorkeursadvocaat heeft in november 2016 een regeling getroffen met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de voormalig advocaat van Consument, ten bedrage van € 10.000,-. Per e-mail van 5 augustus 2017 heeft de tweede voorkeurs-advocaat Consument laten weten dat Rechtsbijstanduitvoerder en/of de eerste voorkeursadvocaat de vordering voor het verlies van inkomensschade had(den) moeten stuiten.

2.9 Hierover heeft Consument geklaagd bij Rechtsbijstanduitvoerder. Partijen zijn er niet in geslaagd tot een vergelijk te komen. Consument heeft daarom een klacht ingediend bij Kifid.

3. Klacht, vordering en verweer

Klacht en vordering Consument

3.1 Consument klaagt dat Rechtsbijstanduitvoerder een beroepsfout heeft gemaakt door de vordering van inkomensschade niet te stuiten. Hierdoor heeft de tweede voorkeurs-advocaat van Consument deze vordering in de onderhandelingen niet kunnen meenemen, wat heeft geresulteerd in een lager schikkingsbedrag. Consument had geen keuze ten aanzien van de juridische aanpak van Rechtsbijstanduitvoerder.

3.2 Consument vordert € 50.000,- aan gemiste inkomsten over een periode van acht jaar (december 2009 tot en met december 2017).

Verweer

3.3 Rechtsbijstanduitvoerder stelt zich op het standpunt dat hij geen beroepsfout heeft gemaakt. De interne jurist heeft met Consument besproken dat een vordering ten aanzien van het inkomensverlies richting de voormalig advocaat niet haalbaar was. Consument heeft met deze aanpak ingestemd en hij heeft geen gebruik gemaakt van de geschillen-regeling. Daarom behoefde Rechtsbijstanduitvoerder de vordering niet te stuiten. Dat een vordering ten aanzien van inkomensverlies niet haalbaar was, is onderschreven door de voorkeursadvocaat van Consument.

3.4 Rechtsbijstanduitvoerder valt geen verwijt te maken, nu de zaak op 17 juni 2014 is overgedragen aan de eerste voorkeursadvocaat van Consument en de verjaringstermijn na december 2009 is aangevangen. Een eventuele vordering had ten tijde van de overdracht aan de eerste voorkeursadvocaat nog gestuit kunnen worden. Rechtsbijstanduitvoerder is niet verantwoordelijk voor het handelen van de voorkeursadvocaat.

3.5 Voor zover Rechtsbijstanduitvoerder de vordering had moeten stuiten, stelt Rechtsbijstanduitvoerder zich op het standpunt dat Consument geen schade heeft geleden, omdat de vordering geen kans van slagen had.

4. Beoordeling

4.1 De Commissie begrijpt dat de klacht van Consument ziet op het handelen van Rechtsbijstanduitvoerder en op de stelling dat Rechtsbijstanduitvoerder heeft verzuimd de vordering ten aanzien van inkomensschade te stuiten. Na het opvragen van een aanvullende reactie is niet gebleken dat Consument in deze procedure klaagt over het handelen van de eerste voorkeursadvocaat.

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

4.3 De Commissie overweegt dat op Consument de stelplicht en bewijslast rust dat sprake is van toerekenbare tekortkoming van Rechtsbijstanduitvoerder. Niet gebleken is dat Rechtsbijstanduitvoerder toerekenbaar is tekortgeschoten. Consument heeft een e-mail van 5 augustus 2017 van de tweede voorkeursadvocaat overgelegd waarin deze advocaat zich op het standpunt stelt dat Rechtsbijstanduitvoerder (en/of de eerste voorkeurs-advocaat) de vordering voor het verlies van inkomensschade had(den) moeten stuiten. Een stuiting is echter pas aan de orde wanneer sprake is van een haalbare vordering. Consument heeft, anders dan een verwijzing naar dit standpunt van de tweede voorkeursadvocaat, niet gemotiveerd waarom de vordering tot vergoeding van de inkomensschade enige slagingskans had. Het standpunt van de tweede voorkeursadvocaat zegt daar niets over. Rechtsbijstanduitvoerder heeft juist betwist dat sprake was van enige slagingskans en daarbij verwezen naar het standpunt van de eerste voorkeursadvocaat, die ook geen mogelijkheden zag om de inkomensschade te verhalen. Omdat Rechtsbijstand-uitvoerder de stelling van Consument gemotiveerd heeft betwist, lag het op de weg van Consument om zijn stelling nader te onderbouwen. Dit heeft Consument nagelaten. Daarom is niet vast komen te staan dat Rechtsbijstanduitvoerder toerekenbaar is tekortgeschoten. Daarbij kan verder in het midden blijven of het Rechtsbijstanduitvoerder is aan te rekenen dat de vordering tot vergoeding van inkomensschade niet is gestuit, terwijl daartoe nog mogelijkheid bestond nadat de zaak aan de eerste voorkeursadvocaat was overgedragen.

4.4 De Commissie oordeelt dat de klacht ongegrond is en dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering 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.