

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-33 I
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. dr. S.O.H. Bakkerus, mr. J.S.W. Holtrop,
leden en mr. C.J.M. Veltmaat, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 22 november 2019
Ingediend door : Consument
Tegen : Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V., h.o.d.n. OHRA
Schadeverzekeringen, gevestigd te Den Haag, verder te noemen Verzekeraar, waarbij de
uitvoering van de rechtsbijstandverzekering is uitbesteed aan DAS Nederlandse
Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij N.V., verder te noemen Uitvoerder
Datum uitspraak : 15 april 2020
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Rechtsbijstand, klacht over uitvoering geschillenregeling. De beslissing die voortvloeit uit de geschillenregeling heeft het karakter van een bindend advies (zie artikel 7:900 BW inzake de vaststellingsovereenkomst), omdat het advies van de externe advocaat is bedoeld ter beëindiging van het geschil tussen Consument en Uitvoerder over de juridische haalbaarheid en/of aanpak van de zaak. In beginsel zijn partijen gebonden aan deze beslissing, tenzij gebondenheid aan die beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:904 BW). De Commissie is van oordeel dat gebondenheid aan de inhoud van het advies van de externe advocaat in het geschil met de vakorganisatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De klacht is gegrond en de geschillenregeling moet opnieuw worden aangeboden.

I. 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 Uitvoerder;
- de repliek van Consument en
- de dupliek van Uitvoerder.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies. De Commissie stelt verder vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

2. Waar gaat het om?

- 2.1 Consument heeft een particuliere rechtsbijstandverzekering bij Verzekeraar. In de verzekeringsvoorwaarden is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

“Artikel 7

Gang van zaken

(...)

3. DAS is bevoegd om, als naar haar mening het financiële belang van de zaak dit rechtvaardigt, de verzekerde schadeloos te stellen in plaats van (verder) rechtsbijstand te verlenen.

(...)

9. Als DAS van mening is dat van de gevraagde rechtsbijstand geen gunstige uitkomst voor de verzekerde te verwachten is, stelt zij de verzekerde daarvan onder opgave van redenen op de hoogte. In dit geval kan de verzekerde geen rechten aan de verzekering ontlenuen, tenzij hij een beroep doet op de geschillenregeling, zoals vermeld in artikel 8.

Artikel 8

Geschillenregeling

Als een geschil ontstaat:

(...)

4. over de behandeling van de zaak

Als de verzekerde bezwaar heeft tegen het oordeel van DAS over het te verwachten gevolg van de door haar te verlenen of verleende rechtsbijstand, of over de wijze van de behandeling van de zaak door DAS, zal DAS de zaak op kosten van DAS voorleggen aan een door de verzekerde gekozen raadsman, die een juridisch advies daarover zal uitbrengen. (...) Deelt de gekozen raadsman het standpunt van DAS (...) niet, dan kan de verzekerde de verdere behandeling van de zaak op kosten van DAS laten overnemen door een raadsman van zijn keuze. Deze is niet de raadsman, die het juridisch advies heeft uitgebracht, of een van zijn of haar kantoorgenoten. Deelt hij het standpunt van DAS of de door haar gekozen raadsman wel, dan heeft de verzekerde het recht de zaak over te nemen en op eigen kosten voort te zetten. Deze kosten worden alsnog door DAS vergoed, als de verzekerde het door hem beoogde resultaat alsnog heeft bereikt. (...)”

- 2.2 Consument heeft een geschil met haar werkgever gekregen naar aanleiding van de beëindiging van haar dienstverband per 1 juni 2012 vanwege arbeidsongeschiktheid. Daarnaast heeft Consument een geschil met haar werkgever gekregen in 2015 over een aanvulling op haar WIA-uitkering in verband met een beroepsziekte. Consument is in deze geschillen bijgestaan door een jurist van een vakorganisatie voor werknemers. Consument heeft de vakorganisatie aansprakelijk gehouden voor fouten die de vakorganisatie daarbij zou hebben gemaakt. De jurist zou namelijk hebben verzuimd om binnen zes weken bezwaar te maken tegen het ontslagbesluit en de eindafrekening.

De jurist zou daarnaast de belangen van Consument onvoldoende hebben behartigd in het geschil met de werkgever over de beroepsziekte. Consument heeft Uitvoerder daarom in februari 2018 verzocht om rechtsbijstand. Een jurist van Uitvoerder heeft de zaak in behandeling genomen.

- 2.3 De jurist heeft per brief van 12 juli 2018 de vakorganisatie aansprakelijk gesteld voor de door Consument geleden schade. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de vakorganisatie heeft uiteindelijk een bedrag aangeboden van € 4.000,00. De jurist heeft vervolgens per e-mail van 23 mei 2019 aan Consument laten weten dat zij geen mogelijkheid ziet om een grotere vergoeding voor Consument binnen te halen dan wat is aangeboden. De jurist heeft daarvoor het volgende overwogen:

“A. Voor onderbouwing van de schade na 2 jaar ziekte zijn wij uitgegaan van aannames. Deze aannames zijn op dun ijs gebaseerd en hebben een moeilijke bewijslast. Feit is dat er 2 jaar ziekte is doorlopen en dat het UWV WIA heeft toegekend. De kans op herstel, of een passende functie is louter hypothetisch. Dit onderdeel zal niet tot schadevergoeding leiden.

B. [De aansprakelijkheidsverzekeraar van de vakorganisatie] heeft een bedrag van € 4000,00 aangeboden. Ook hier zien wij geen ruimte om dit bedrag substantieel verhoogd te zien in een procedure, nu er te veel onduidelijkheid bestaat over wat wel/niet is afgerekend dan wel nog afgerekend moet worden.

C. Beroepsziekte: Hierin is tot aan de CRvB geprocedeerd (uw standpunt daarover is ons bekend, en daarover is al een geschillenregeling aangeboden). Ook zien wij niet in dat het EHRM tot een ander oordeel zou zijn gekomen, in het geval [de vakorganisatie] al gehouden was om deze weg te bewandelen. Ook hier zien wij dus niet in dat er een schadevergoeding zal komen.”

- 2.4 Consument kon zich in het standpunt van Uitvoerder niet vinden en heeft een beroep gedaan op de geschillenregeling van haar rechtsbijstandverzekering. In overleg met Consument heeft Uitvoerder een externe advocaat aangewezen. Uitvoerder heeft per brief van 19 juli 2019 de opdracht aan de externe advocaat verstrekt.
- 2.5 De externe advocaat heeft per brief van 19 september 2019 de geschilpunten tussen Consument en Uitvoerder samengevat en aan Consument voorgelegd. Consument is daarbij de gelegenheid gegeven de geschilpunten aan te vullen. Dat heeft Consument per brief van 24 september 2019 gedaan.

2.6 De externe advocaat heeft op 1 oktober 2019 zijn bindend advies gegeven:

“Inleiding

(...) Het geschil betreft dan ook kort samengevat de opvatting over de hoogte van de schade die verhaald kan worden op [de vakorganisatie] resp. haar verzekeraar en daarover zal ondergetekende bindend adviseren.

Beoordelingskader

In het kader van een beroepsfout dient het volgende beoordelingskader te worden gehanteerd.

- a. Welke beroepsfout(en) is/zijn er gemaakt.
- b. Wat zou de kans op succes zijn geweest als de beroepsfout(en) niet zouden zijn gemaakt.
- c. Wat zou het maximaal financieel voordeel zijn geweest indien de beroepsfout(en) niet was gemaakt en de kans op succes 100% zou zijn geweest.

Uit dit beoordelingskader vloeit voort dat op diverse punten gekeken zal moeten worden wat in redelijkheid de verwachting mag zijn van de afloop van een juridische procedure, indien de beroepsfout(en) achterwege waren gebleven.

(...)

Beoordeling beroepsfout(en)

1. Geen (tijdig) bezwaar tegen het ontslagbesluit

Het niet tijdig bezwaar maken tegen het ontslagbesluit is een beroepsfout, tenzij door [Consument] uitdrukkelijk zou zijn aangegeven dat zij tegen dat besluit geen bezwaar zou willen maken. Dit laatste is mij niet gebleken.

De kans van slagen van een beroep tegen het ontslagbesluit kan door mij zonder een nauwkeurige bestudering van het gehele dossier met betrekking tot de arbeidsongeschiktheid van [Consument] niet met een grote mate van zekerheid worden aangegeven. Voor een uitvoerige bestudering van dit arbeidsongeschiktheidsdossier biedt de geschillenregeling en de aan mij verstrekte opdracht geen ruimte.

Wel kan worden opgemerkt dat in het kader van de WIA-keuring klaarblijkelijk geen andere passende functie bij [de werkgever] viel aan te merken en UWV geen aanleiding heeft gezien om een loonsanctie op te leggen wegens het onvoldoende verrichten van activiteiten in het kader van de re-integratie door [de werkgever]. Verder heeft [Consument] zelf aangegeven volledig arbeidsongeschikt te zijn geweest voor haar eigen functie (afgezien voor de beperkte activiteiten als OR lid). Eén en ander betekent dat de kans van slagen van een bezwaarschrift c.q. beroepsprocedure tegen het ontslagbesluit naar mijn mening op het eerste gezicht niet bijzonder groot is. (...)

2. Niet tijdig instellen van bezwaar tegen de eindafrekening

Op dit punt bestaat er tussen DAS, de verzekeraar van [de vakorganisatie] en [Consument] geen verschil van mening over het bestaan van een beroepsfout.

In de eindafrekening is in ieder geval het nodige niet goed gegaan. De schade die [Consument] heeft geleden in verband met de fouten in de eindafrekening zijn door DAS in haar brief van 12 juli 2018 opgenomen onder de punten 1 tot en met 8. Onderstaand zal ik ieder van deze acht punten bespreken: (...)

De totale schade bij een beëindiging van het dienstverband per 1 juni 2012 bedraagt dan een totaalbedrag van € 6.592,43 bruto en € 1.321,20 netto. Het bruto bedrag dient in het kader van een schadevergoeding te worden omgerekend naar een nettobedrag en een grove schatting is dan dat het zou corresponderen met ongeveer € 4.000,= netto. Het totale nettobedrag komt daarmee op € 5.321,20. Gelet op het hiervoor berekende bedrag komt een lumpsum van € 4.000,= als iets te mager over en zou zeer goed verdedigbaar zijn dat er meer dient te worden vergoed.

3. Procedure bij EHRM

(...) Het niet aanhangig maken van een beroepsprocedure of klacht bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt mij dan ook niet een beroepsfout te zijn van RMU.

(...)

Bindend advies

Het vorenstaande leidt tot het navolgende bindend advies.

Het aanbod van [de aansprakelijkheidsverzekeraar van de vakorganisatie] tot compensatie van de door [Consument] geleden schade door betaling van een lumpsum van € 4.000,= netto is niet onredelijk. Dit betekent echter niet, dat niet nog getracht zou kunnen worden iets meer te krijgen. Er schijnt nog wel enig licht tussen het aanbod van [de aansprakelijkheidsverzekeraar] en de kans van slagen van de vorderingen van [Consument]. Indien het bedrag zou worden verhoogd tot € 5.300,= zou echter in alle redelijkheid geen grond meer bestaan voor DAS om een procedure voort te zetten. De kans van slagen van een procedure afgezet tegen een dergelijk voorstel zou dan het voeren van een procedure niet rechtvaardigen.”

- 2.7 Uitvoerder heeft naar aanleiding van het bindend advies per brief van 3 oktober 2019 Consument een afkoopbedrag van € 1.321,20 netto aangeboden tegen finale kwijting, als aanvulling van het bedrag van € 4.000,00 dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van de vakorganisatie had aangeboden. Volgens Uitvoerder kan Consument de zaak tegen de vakorganisatie ook voor eigen rekening voortzetten.
- 2.8 Over het handelen van Uitvoerder en de ingenomen standpunten heeft Consument een klacht ingediend bij Kifid. Volgens Consument heeft Uitvoerder haar belangen niet goed behartigd. Daarnaast zijn er volgens Consument fouten gemaakt bij de totstandkoming van het bindend advies, omdat de externe advocaat geen kennis had van het gezondheidsrecht, hij het geschil over de beroepsziekte bijna in zijn geheel buiten beschouwing heeft gelaten en ook de schriftelijke toelichting van Consument, hij geen telefonisch contact met Consument heeft opgenomen en hij te weinig tijd en geld van Uitvoerder heeft gekregen om een gedegen advies te geven.

Volgens Consument heeft Uitvoerder bovendien niet alle informatie aan de externe advocaat verstrekt. Consument vordert dat de geschillenregeling opnieuw wordt aangeboden. Consument vordert daarnaast € 50.774,00 aan schadevergoeding, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 1 juni 2012.

3. Beoordeling

- 3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of Uitvoerder de rechtsbijstand aan Consument mocht staken.
- 3.2 Uitvoerder heeft de behandeling van het dossier gestaakt omdat hij vond dat geen redelijke kans aanwezig is om het door Consument gewenste resultaat te bereiken. Dit mocht Uitvoerder doen op grond van artikel 7 van de verzekeringsvoorwaarden.
- 3.3 Maar Consument was het niet eens met het haalbaarheidsoordeel waarop Uitvoerder het staken van de rechtsbijstand aan Consument baseerde. Voor die situatie is de geschillenregeling in artikel 8 van de verzekeringsvoorwaarden bedoeld. Partijen hebben die geschillenregeling toegepast.
- 3.4 Consument klaagt over de wijze van totstandkoming en inhoud van het bindend advies (uitkomst van de geschillenregeling) zoals die staat in de brief van de externe advocaat van 1 oktober 2019. De Commissie is van oordeel dat die klacht gegrond is en zij licht dit oordeel hierna toe.
- 3.5 De geschillenregeling in artikel 8 van de verzekeringsvoorwaarden heeft tot doel een geschil tussen Consument en Uitvoerder over de juridische haalbaarheid en/of aanpak van de zaak te beslechten. Ter uitvoering van die regeling heeft de externe advocaat een standpunt gegeven over de juridische haalbaarheid van de zaak van Consument. Het standpunt van de externe advocaat heeft het karakter van een bindend advies (zie artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek (BW) inzake de vaststellingsovereenkomst). Dit betekent dat partijen in beginsel aan dit bindend advies van de externe advocaat gebonden zijn, tenzij gebondenheid daaraan in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming ervan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit komt tot uitdrukking in artikel 7:904 BW. Zie in dit kader de uitspraak van de Hoge Raad van 12 september 1997 (te vinden op www.rechtspraak.nl onder nummer ECLI:NL:HR:1997:ZC2427). In deze uitspraak staat dat voor het oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat partijen aan het bindend advies worden gebonden, vereist is dat sprake is van ernstige gebreken in deze beslissing. Deze toetsing heeft een beperkte reikwijdte. Daarbij is het aan Consument om gemotiveerd te stellen en, bij voldoende betwisting, te bewijzen dat sprake is van een dergelijke situatie.

- 3.6 Op basis van de stellingen van Consument en de verdere informatie in het dossier is de Commissie van oordeel dat gebondenheid van Consument aan de inhoud van het advies van de externe advocaat in het geschil met de vakorganisatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In zijn bindend advies stelt de externe advocaat dat de kans van slagen van een beroep tegen het ontslagbesluit door hem, zonder een nauwkeurige bestudering van het gehele dossier met betrekking tot de arbeidsongeschiktheid van Consument, niet met een grote mate van zekerheid kan worden aangegeven en dat voor een uitvoerige bestudering van het arbeidsongeschiktheidsdossier de geschillenregeling en de aan hem verstrekte opdracht geen ruimte biedt. Dat die ruimte hem werd geboden, had wel voor de hand gelegen, omdat het arbeidsongeschiktheidsdossier volgens de externe advocaat van belang was voor zijn conclusies over de kans van slagen van een beroep tegen het ontslagbesluit. En dit weer is van belang voor de hoogte van de schadevordering in de zaak van Consument.

Dat de externe advocaat het arbeidsongeschiktheidsdossier niet uitvoerig heeft bestudeerd, werpt volgens Uitvoerder geen ander licht op de klacht, omdat de vraag die voorlag, was of bezwaar tegen het ontslag na twee jaar ziekte doel zou hebben getroffen. Volgens Uitvoerder is, voor een oordeel over die vraag, geen diepgaande kennis van het arbeidsongeschiktheidsdossier nodig. De Commissie volgt Uitvoerder daarin niet, omdat het ter beoordeling is van de externe advocaat welke aspecten belangrijk zijn voor de beoordeling.

- 3.7 Met inachtneming van het voorgaande concludeert de Commissie dat het advies dat in het kader van de toepassing van de geschillenregeling in het geschil met de vakorganisatie is uitgebracht onvolledig is geweest en dat het om die reden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat partijen aan het advies van de externe advocaat gebonden zijn. Dit betekent dat Uitvoerder met inachtneming van de voorwaarden de behandeling in het geschil met de vakorganisatie niet mocht staken. Naar het oordeel van de Commissie moet Uitvoerder de geschillenregeling opnieuw toepassen.
- 3.8 De vordering van € 50.774,00 aan schadevergoeding wordt afgewezen, omdat daarvoor in deze zaak geen juridische grondslag door Consument is aangevoerd en deze ook niet volgt uit wat Consument heeft gesteld en wat verder in de procedure is gebleken.

4. Beslissing

Uitvoerder dient binnen twee weken na de dag waarop een afschrift van deze uitspraak aan partijen is verstuurd, de geschillenregeling opnieuw aan te bieden in het geschil met de vakorganisatie. Een onafhankelijke raadsman, die door Consument wordt gekozen conform de verzekeringsvoorwaarden, zal zich moeten uitlaten over de kans van slagen in dat geschil.

In het geval dat Consument gelijk krijgt, en dus een kans van slagen aanwezig wordt geacht, zal Uitvoerder de zaak verder moeten gaan behandelen. Hetgeen Consument meer of anders vordert wijst de Commissie 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.