

Vrije advocaatkeuze beperkt of uitgebreid?

Over de reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze bij een rechtsbijstandsverzekering¹ heeft de Hoge Raad op 28 september 2012 een belangwekkend tussenarrest gewezen. Hierbij zijn twee prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Tekst: Guido Goorts en Luc Tacx²

Vele burgers en (kleinere) ondernemers hebben een rechtsbijstandsverzekering afgesloten.

Deze (bijzondere) schadeverzekering beschermt het vermogen van de verzekerde tegen de kosten van rechtsbijstand. In Nederland (en een aantal andere Europese Unie-landen) wordt de dekking in beginsel in natura verleend. Dat houdt in dat indien er behoefte is aan rechtskundige bijstand, de medewerkers van de rechtsbijstandsverzekeraar de rechtsbijstand zelf verlenen.

Al een groot aantal jaren bestaat er onduidelijkheid over de reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze, vastgelegd in art. 4:67 Wet op het financieel toezicht (Wft), welke bepaling gebaseerd is op Richtlijn 87/344/EEG van de Raad van Europese Gemeenschappen van 22 juni 1987 (hierna: 'De Richtlijn').

Vrij verkeer

Het doel van de richtlijn is het vrij verkeer van (verzekerings)diensten binnen de Europese Unie en (daarmee ook) een betaalbare rechtsbijstandsverzekering voor de consument.

Verder is beoogd belangenconflicten bij rechtsbijstandsverzekeraars tegen te gaan. Als doel van de Richtlijn is daarom eveneens geformuleerd dat belangenconflicten moeten worden voorkomen. Het in de richtlijn bedoelde belangenconflict

kan ontstaan als een multibrancheverzekeraar naast rechtsbijstand – bijvoorbeeld – aansprakelijkheid heeft verzekerd en een verzekerde op beide branches dekking vraagt.

Artikel 4 lid 1 van de richtlijn bepaalt het volgende:

In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandsverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat

- a. indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen;
- b. de verzekerde vrij is om een advocaat of, indien hij daar de voorkeur aan geeft en voor zover het nationale recht zulks toestaat, een andere gekwalificeerde persoon te kiezen om zijn belangen te behartigen wanneer zich een belangenconflict voordoet.

Problemen in de praktijk

Omdat de inschakeling van een advocaat door verzekeraars als duurder wordt ervaren, dan wanneer een zaak intern wordt behandeld, proberen verzekeraars het recht van een verzekerde om zelf een advocaat te kiezen zo veel mogelijk te beperken. Als een procedure gevoerd moet worden, waarvoor geen procesmonopolie geldt (zoals bijvoorbeeld bij bestuursrechtelijke procedures of kantongerechtoprocedures), behandelen juristen, die in dienst zijn van de rechtsbijstandsverzekeraar, de zaken meestal

zelf. De verzekeraar geeft de verzekerde in die gevallen niet het recht om zelf een advocaat te kiezen, waarbij de kosten van de advocaat vergoed moeten worden door de rechtsbijstandsverzekeraar. Rechtsbijstandsverzekeraars stellen dat een verzekerde pas vrij een advocaat kan kiezen, indien – cumulatief – aan twee voorwaarden is voldaan. De eerste voorwaarde is dat de rechtsbijstandsverzekeraar een advocaat verzoekt de belangen van een verzekerde te behartigen. De tweede voorwaarde is dat er sprake moet zijn van een gerechtelijke of administratieve procedure.

Het is de vraag of dit standpunt juist is. Deze vraag ligt nu voor bij de Hoge Raad in een procedure tegen DAS Rechtsbijstand.

In het Eschig-arrest, dat betrekking had op massaschades en waarin de rechtsbijstandsverzekeraar zich het recht wilde voorbehouden om zelf een rechtshulpverlener voor alle betrokken verzekerden te kiezen, heeft het Europese Hof van Justitie (het hof) bepaald, dat een rechtsbijstandverlener zich niet het recht kan voorbehouden om zelf de rechtshulpverlener te kiezen wanneer een groot aantal verzekerden schade lijdt door eenzelfde feit.³

In het Stark-arrest, dat betrekking had op bijzondere Oostenrijkse wetgeving, heeft het hof onder verwijzing naar het Eschig-arrest bepaald dat artikel 4 lid 1 van de

¹ Hoge Raad, 28 september 2012, LJN: BW7507.

² Advocaten bij Goorts & Coppens Advocaten te Helmond en Deurne.

³ HvJ 10 september, 20 september 2009, Eschig, C-199/08/Jurispr. Blz. I-8295, punt 47).

richtlijn, dat voorziet in de vrije keuze van de rechtshulpverlener, een algemeen en bindend karakter heeft.⁴

De zaak tegen DAS Rechtsbijstand handelt in de kern om de vraag of DAS Rechtsbijstand moet toestaan dat een verzekerde in een arbeidsrechtelijke zaak, waar geen procesmonopolie geldt, zelf voor rekening van DAS een advocaat mag inschakelen.

De HR heeft op 28 september 2012 een tussenarrest gewezen en prejudiciële vragen gesteld aan het hof. De prejudiciële vragen zijn overigens ingegeven door een rechtseconomische overweging van de HR (r.o. 3.8). Mr. Spier heeft in zijn conclusie goed gemotiveerd onderbouwd, dat er geen overtuigende argumenten bestaan voor de opvatting, dat niet voor elke gerechtelijke of administratieve procedure een vrije advocatenkeuze bestaat. Die opvatting delen wij. Deze opvatting leidt echter ook tot de conclusie, dat de geschillenregeling van bijvoorbeeld DAS Rechtsbijstand en van ARAG Rechtsbijstand naar ons oordeel ook in strijd zijn met de richtlijn. ARAG heeft immers gekozen voor de constructie dat de advocaat bij een beroep op de geschillenregeling wordt aangewezen door de deken van de Orde van Advocaten. DAS Rechtsbijstand heeft gekozen voor de constructie dat de advocaat of een kantoorgenoot, die de zaak toetst in het kader van de geschillenregeling, de behandeling van de zaak niet mag voortzetten. Ook in deze situatie wordt het recht op vrije advocaatkeuze beperkt.

Overigens zijn wij er niet van overtuigd, dat de behandeling van een zaak door een advocaat in alle gevallen substantieel duurder is. In de eerste plaats wijzen wij erop, dat ook rekening gehouden moet worden met de kosten van de werknemer in dienst van de rechtsbijstandsverzekeraar. Daarnaast is het zo, dat door de marktwerking in de advocatuur onderhandeld wordt over de uurtarieven. Wij

De vraag is nu wat rechtsbijstandsverzekeraars zullen gaan doen

zien niet in, waarom in polistechnische zin geen oplossingen bedacht zouden kunnen worden, waarbij de kostenvergoeding beperkt wordt tot een redelijk uurtarief en waardoor excessen tegengegaan kunnen worden. Bovendien bestaat niet in elke zaak het risico dat er geprocedeerd wordt, omdat er alleen polisdekking bestaat wanneer er een redelijke kans op resultaat aanwezig is. Dit vergt natuurlijk een inschatting, maar er bestaan voldoende mogelijkheden om een advocaat aan te spreken die een evident onjuiste inschatting maakt. Kortom: wij zijn het eens met mr. Spier, die in 3.3.1. van zijn conclusie opmerkt, dat niet zonder meer en voetstoots kan worden uitgegaan van door procespartijen (zoals verzekeraars) verstrekte gegevens.

Zwaarwegende argumenten

Hoewel de definitieve uitspraak nog niet is gedaan door de HR, somt de HR drie zwaarwegende argumenten op, die in het nadeel van DAS Rechtsbijstand zijn: in de eerste plaats lijkt de considerans van de richtlijn zonder enige beperking het recht van een verzekerde centraal te stellen om zijn advocaat of rechtshulpverlener te kiezen wanneer een gerechtelijke of administratieve procedure gevoerd moet worden.

In de tweede plaats blijken niet alle taalversies van artikel 4 van de richtlijn gelijklopend te zijn. In de Nederlandse taalversie is het recht op vrije keuze afhankelijk gesteld van een verzoek daartoe. De Franse, Duitse en Engelse taalversie lijken andersluidend te zijn.

Ten derde bevat het Eschig-arrest naast beschouwingen, die betrekking hebben

op massaschades, ook algemene beschouwingen over de verhouding tussen artikel 4 lid 1 en artikel 3 lid 2 van de richtlijn die dezelfde algemene strekking hebben als de considerans van de richtlijn, waarin een onbeperkt recht op vrije advocaat is opgenomen, wanneer een gerechtelijke of administratieve procedure gevoerd moet worden.

De HR kiest er uiteindelijk toch voor om prejudiciële vragen te stellen aan het hof vanwege het feit dat het een kwestie is van evident maatschappelijk belang. De HR heeft in de eerste plaats de vraag gesteld of het op grond van artikel 4, lid I van de richtlijn is toegestaan dat een rechtsbijstandsverzekeraar, die in zijn polissen regelt dat rechtsbijstand in gerechtelijke of administratieve procedures in beginsel zal worden verleend door werknemers van een verzekeraar, tevens nog bedingt dat de kosten van rechtsbijstand van een door de verzekerde gekozen advocaat of rechtsbijstandverlener slechts onder de dekking vallen indien de verzekeraar van mening is dat de behandeling van de zaak aan een externe rechtshulpverlener moet worden uitbesteed. Daarnaast heeft de HR de vraag gesteld of het voor de beantwoording van de eerste vraag verschil maakt of voor de desbetreffende gerechtelijke of administratieve procedure rechtsbijstand wel of niet verplicht is. Het hof zal nu antwoord moeten geven op de vraag of de praktijk van de Nederlandse rechtsbijstandsverzekeraars al dan niet in overeenstemming is met de richtlijn.

Het is lastig om aan te geven hoe lang het zal duren, voordat het hof de prejudiciële vragen zal beantwoorden, maar er moet zeker rekening gehouden worden met een vertraging van enkele jaren. Daarna zal de HR nog uitspraak moeten doen. De vraag is nu wat rechtsbijstandsverzekeraars zullen gaan doen. Eén van de mogelijkheden is, dat de rechtsbijstandsverzekeraars de premies zullen gaan verhogen dan wel de polisvoorwaarden zullen gaan aanpassen. Ook bestaat de mogelijkheid dat verzekeraars kostenverzekeraars worden. Het einde is nog niet in zicht.

⁴ HvJ 26 mei 2011, Stark, C-293, 10, LJN: BQ6995, NJ 2011/534).