

Vrije keuze rechtshulpverlener bij rechtsbijstandsverzekeringen

# Hof miskent Europese regelgeving en wetsgeschiedenis

Een rechtsbijstandsverzekeraar moet pas een vrije keuze van rechtshulpverlener geven als hij besluit te procederen én de zaak door een externe rechtshulpverlener – of door de eigen advocaat in loondienst – laat behandelen. Dit arrest van het Amsterdamse hof van 26 juli verdient om meerdere redenen cassatie.

B.J.L. Baas

Advocaat te Maarssenbroek<sup>1</sup>

Op 26 juli 2011 wees het Amsterdamse hof, in een procedure tussen Sneller en DAS Rechtsbijstand, een arrest in hoger beroep (LJN: BR5339) tegen het vonnis van de Voorzieningenrechter te Amsterdam van 8 maart 2011 (LJN: BP7547). Over de vrije keuze van een rechtshulpverlener had de Voorzieningenrechter overwogen dat het Hof van Justitie in het Eschig-arrest<sup>2</sup> – gelet op de Richtlijn van de Raad van 22 juni 1987, 87/344/EEG (hierna: ‘de Richtlijn’) de vrije keuze van een ‘rechtshulpverlener’ als uitgangspunt neemt – indien een procedure gevoerd dient te worden.<sup>3</sup> Dit baseert de Voorzieningenrechter op de doorwerking van de Richtlijn in art. 4:67 lid 1 Wet op het Financieel Toezicht (‘Wft’).

## Pas bij inschakelen advocaat

Het vonnis van de Voorzieningenrechter zal de Nederlandse rechtsbijstandsverzekeraars de nodige zorgen hebben ge-

baard.<sup>4</sup> DAS is in hoger beroep gekomen en betoogde dat het recht op vrije keuze pas ontstaat als er is voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden:

- de verzekeraar verzoekt een (externe) advocaat de belangen van de verzekerde te behartigen;
- er moet sprake zijn van een ‘gerechtelijke of administratieve procedure’.

Volgens DAS kan – in geval van een naturaverzekering – bij een procedure in eerste instantie een interne rechtshulpverlener worden ingeschakeld die in loondienst is van de verzekeraar. Eerst als de verzekeraar besluit de behandeling aan een externe rechtshulpverlener uit te besteden, of in geval van een belangenconflict, kan er recht bestaan op vrije keuze van de belangenbehartiger.<sup>5</sup> Aan het tweede vereiste is volgens DAS voldaan, maar niet aan het eerste.

## Art. 4:67 lid 1 Wft

1. Een rechtsbijstandsverzekeraar draagt er zorg voor dat in de overeenkomst inzake de rechtsbijstanddekking uitdrukkelijk wordt bepaald dat het de verzekerde vrij staat een advocaat of een andere rechtens bevoegde deskundige te kiezen indien:
  - a. een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige wordt verzocht de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen; of
  - b. zich een belangenconflict voordoet.

Het hof volgt DAS in deze uitleg. Volgens het hof is het recht op vrije keuze van rechtshulpverlener er niet al wanneer wordt besloten om een gerechtelijke of administratieve procedure te starten, maar pas als de rechtsbijstandsverzekeraar besluit de procedure niet door een interne rechtshulpverlener (niet zijnde een advocaat), maar door een externe rechtshulpverlener te laten verrichten. Als de verzekeraar een advocaat in loondienst inschakelt en geen andere rechtshulpverlener, speelt de vrije advocaatkeuze wel.

<sup>4</sup> Al werden de gevraagde voorzieningen op andere gronden afgewezen. De zorgen zullen overigens reeds na het Eschig-arrest zijn ontstaan, maar werden toen nog luchtigjes door verzekeraars afgewezen. Zie: mr. J. Roth, ‘Rechtsbijstandsverzekeraars en het recht op vrije advocaatkeuze’ in: Letsel en schade 2009-4, nr. 213. Toch was er in de literatuur reeds eerder gewezen op de risico’s van het beperken van deze vrije keuze: L. de Jong, ‘Veel polisvoorwaarden in strijd met de wet. Vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandsverzekering’, in *Advocatenblad* 2010-14.

<sup>5</sup> Zowel DAS als het hof verwijst naar art. 4 lid 1 sub a Richtlijn en naar de vierde overweging van de Richtlijn.

<sup>1</sup> B.J.L. Baas is advocaat bij Schravenmade & Partners Advocaten te Maarssenbroek.

<sup>2</sup> HvJ EG C-199/08, Erhard Eschig v. UNIQA Sachversicherung AG.

<sup>3</sup> Dit op basis van art. 3 lid 1 onder a, b en c jo. art. 4 Richtlijn 87/344/EEG; en het geldt zowel bij naturaverzekeringen als bij sommenverzekeringen voor rechtsbijstand.

### Niet op basis van Verordening

Het hof baseert zijn oordeel dat er ook bij inschakeling van de interne advocaat het recht op vrije keuze ontstaat, op de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van de Nederlandse Orde van Advocaten ('de Verordening'), en uitdrukkelijk niet op de Richtlijn of de Wft. De Verordening is echter een voorschrift gebaseerd op de Advocatenwet en kan uit dien hoofde enkel advocaten binden.<sup>6</sup> Ze raakt niet de verhouding tussen verzekeraar en verzekerde, maar kan enkel tussen verzekerde en toegewezen advocaat een rol spelen, dan wel van belang zijn indien de toegewezen advocaat jegens de verzekeraar bezwaar maakt tegen het onthouden van de keuzemogelijkheid aan de verzekerde.<sup>7</sup> Op basis van de Verordening kan de verzekeraar dan ook niet worden gedwongen een vrije advocaatkeuze te verlenen. De constructie die het hof hier toepast doet dan ook gekunsteld aan.

Door deze constructie wordt aan regels die zijn opgesteld voor de advocatuur een veel te ruime werking gegeven. Het is strijdig met het Nederlandse staatsrecht als de omvang van de door middel van de Advocatenwet geattribueerde bevoegdheid van de Nederlandse Orde van Advocaten door een rechterlijk college wordt opgerekt. Zeker nu art. 29 lid 1 van de Advocatenwet luidt: 'De verordeningen zijn verbindend voor de leden van de Nederlandse orde van advocaten, alsmede voor bezoekende advocaten (...)'. A contrario geredeneerd: dat zijn zij dus niet voor anderen.

## De verordening van de Orde bindt alleen advocaten en kan de verzekeraar niet dwingen een vrije advocaatkeuze te verlenen

### Wel op basis van Richtlijn

Mijns inziens kan uit de Richtlijn een recht van vrije advocaatkeuze worden afgeleid. Het hof legt de Richtlijn zo beperkt uit dat het niet strookt met haar intentie.<sup>8</sup> Bovendien legt art. 4 lid 1 sub a Richtlijn een vrije keuze van rechtshulpverlener op.<sup>9</sup> Zouden beperkingen van de vrije keuze afgeleid kunnen worden uit de genoemde 'andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is' (art. 4 lid 1 sub a van de Richtlijn)? Nee, want een beperking van de in te schakelen personen, tot bijvoorbeeld enkel advocaten anders dan op basis van het procesmonopolie, kan niet aan de orde zijn.<sup>10</sup>

Kortom, bij de Kantonrechter, of bij bestuursrechtelijke aangelegenheden, kan een verzekerde zich door een gemachtigde naar eigen keuze, al dan niet een advocaat, laten vertegenwoordigen. Daarbij mag de verzekerde opteren voor vertegenwoordiging door een interne medewerker van de rechtsbijstandverzekeraar, of voor een externe rechtsbijstandverlener, mits het maar gaat om een 'rechtens bevoegde deskundige' (art. 4:67 Wft).<sup>11</sup>

### Grondige herziening

Wordt er cassatie ingesteld? J. Beekers in Apeldoorn, advocaat van de verzekerde in kwestie, liet bij het ter perse gaan van dit blad weten dat er cassatie zal worden ingesteld. Mocht de Hoge Raad casseren,<sup>12</sup> dan zal een grondige herziening van het systeem dat de rechtsbijstandverzekeraars thans hanteren, met inachtneming van de elementaire rechten van verzekerden, onvermijdelijk zijn.

Tot slot merk ik op dat DAS zich in de kwestie tegen Sneller principieel heeft opgesteld. Uit mijn eigen praktijk kan ik melden dat andere rechtsbijstandverzekeraars aan de genoemde bezwaren in individuele gevallen tegemoet zijn gekomen.

8 Zie de 11e overweging van de Richtlijn: 'Overwegende dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met de kwalificaties die door het nationale recht worden toegestaan in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures en telkens wanneer er zich een belangenconflict voordoet'.

9 Het reeds genoemde Eschig-arrest bevestigt deze lezing, zie ook de conclusie van A-G Trstenjak. Art. 4 lid 1 sub a Richtlijn: 'In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat a) indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationale recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen'.

10 Zie de MvA, waarin de minister opmerkt dat, omdat de 'in de richtlijn gebruikte terminologie de onjuiste suggestie kan wekken dat in het nationale recht een expliciete opgave moet zijn gedaan van de bekwame personen (...) in het wetsvoorstel [is]

gekozen voor de formulering "rechtens bevoegd". Er is dus voldoende sprake van een 'gekwalificeerd' persoon als deze persoon naar Nederlands recht bevoegd is om in rechte op te treden. MvA TK 1988-1989, 21 076, nr. 6, p. 6.

11 Een tegengeluid geeft Van Boom in de literatuur, maar ik wijs erop dat hij niet ingaat op de uitgebreide conclusie van A-G Trstenjak inzake Eschig, of op overweging 11 van de Richtlijn, terwijl hij al evenmin kijkt naar de aangehaalde MvA. Zie prof. mr. W.H. van Boom, 'Enige recente ontwikkelingen in de particuliere rechtsbijstandverzekering', in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2011-1. Van Boom redeneert vooral vanuit het belang van verzekeraars bij efficiënt handelen, waarbij uitbesteding tegengegaan dient te worden. Dit kan de kosten drukken en doorwerken voor verzekerden.

12 Overigens heeft schrijver dezes A-G J.L.R.A. Huydecoper verzocht cassatie in het belang der wet in te stellen indien de betrokken partijen het instellen van cassatie achterwege laten.

6 Artt. 28 en 29 Advocatenwet. Het doel van de Verordening is: 'het belang van de goede uitoefening van de praktijk' door de advocaat (art. 28 Advocatenwet).

7 Dit zou een arbeidsrechtelijke discussie kunnen doen ontstaan.