mr. dr. D.B. Holthinrichs
Codex Mulder Advocaten

Open Universiteit
www.ou.nl

De vrije advocatenkeuze bij rechtsbijstandsverzekeringen

Actuele ontwikkelingen rechtsbijstandverzekering

- **Arrest HvJ EU 14 mei 2020**, C-667/18 (‘Belgische Balies arrest’)
- **Uitspraak CvB Kifid 2 november 2021** (CvB 2021-0042): geen verruiming vrije advocaatkeuze (‘VAK’)
- **Kamervragen**:
  - Van Nispen (SP) 12 mei 2021
  - Antwoord regering 25 juni 2021
- **Onderzoek SEO** impactanalyse vrije advocaatkeuze
- **Standpunten NOvA & Verbond van Verzekeraars** → nader onderzoek kostenbeheersing rechtsbijstandverzekering?

Juridisch kader 'vrije advocaatkeuze'

Richtlijn 87/344/EEG (uit 1987) → Richtlijn 2009/138/EG ('Solvency II')

Artikel 4:67 Wet Financieel Toezicht (Wft) – (**sinds 2015**)

1. *Een rechtsbijstandverzekeraar 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:*

a. ***om zijn belangen in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen**; of*

b. *b. indien zich een belangenconflict voordoet.*

Juridisch kader 'vrije advocaatkeuze'

Richtlijn 87/344/EEG (uit 1987) → Richtlijn 2009/138/EG ('Solvency II')

Artikel 4:67 Wet Financieel Toezicht (Wft) – (**oud**)

1. *Een rechtsbijstandverzekeraar 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*

OVERZICHT

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze
2. Arrest HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18 (‘Belgische Balies arrest’) → verruiming VAK?
3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)
4. Probleem van de financiering van de rechtsbijstandverzekering

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze

- **Richtlijn 87/344/EEG** (Richtlijn rechtsbijstandverzekeringen)

  Doelstelling:

  - vrijheid van vestiging van het verzekeringsbedrijf

  - voorkomen van belangenconflicten tussen verzekeraar (VR) en verzekerde (VZ)

- Probleem van '**Belangenconflicten**':

  Voorbeeld conflicterende belangen VR - VZ :

  Bv: Aansprakelijkheidsverzekering. VZ stelt buurman aansprakelijk en vraagt rechtsbijstand van VR. VR dekt ook de aansprakelijkheidsrisico's van de buurman. Als de claim slaagt moet VR uitkeren aan VZ. Perverse prikkel, risico t.a.v. rechtshulpverlening

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze

- Oplossing belangenconflicten binnen de EG in 1987:

Geen verplichte gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeringen maar waarborgen:

1. Transparante vermelding verzekeringsdekking in OVK
2. Scheiding tussen verzekeringstak en uitvoering rechtsbijstand
3. Geschillenregeling (second opinion)
4. Vrije advocaatkeuze (**ruime en beperkte variant**)

NB: Minimumharmonisatie RL 1987/344/EEG

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze

- **Interne waarborgen** voorkoming belangenconflicten:

1. Chinese walls binnen de verzekeringsmaatschappij (‘gescheiden beheer’)
2. Uitbesteding rechtshulpverlening aan schaderegelingskantoor

   (o.a. SRK Zoetermeer, Stichting Univé Rechtshulp, Stichting Achmea Rechtsbijstand)
3. Ruime variant vrije advocaatkeuze = *verzekeraar bemoeit zich niet met rechtshulpverlening*

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze

Externe waarborg voorkoming belangenconflicten

- Bescherming tegen belangenconflicten als de zaak **'extern' gaat**?
  → verzekeraar heeft dan dus sowieso geen bemoeienis met uitvoering rechtshulp

Ja, ook dan kan zich belangenconflict voordoen:

Voorbeeld:

- *Verzekeraar schakelt voor rechtshulp aan VZ de 'huisadvocaat' in.*
- *De huisadvocaat treedt doorgaans op voor de aansprakelijkheidstak van VR (staat doorgaans dus VR).*
- *Huisadvocaat moet hier incidenteel optreden voor VZ en de (verzekerde van) verzekeraar aansprakelijk stellen (treedt dus op tegen zijn vaste opdrachtgever)*
- *Huisadvocaat zit dus in een moreel conflict → risico ontoereikende rechtshulp*

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze

- Oplossing – ‘minimum’ recht van vrije advocaatkeuze (**beperkte variant** vrije advocaatkeuze):

Artikel 4

1. In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandverzekering 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, te vertegenwoordigen 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.

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze

Kortom:

A. VAK in verband met '**gerechtelijke en administratieve procedures**'

en

B. VAK bij toch gerezen **belangenconflicten** (twee met elkaar strijdende partijen kloppen bij dezelfde verzekeraar/schaderegelingskantoor aan)

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze

- Uitvoerige rechtspraak HvJ EU over VAK:

- **2009**: Eschig/UNIQA
- **2011**: Stark/D.A.S. (Oostenrijk)
- **2013**: Sneller/DAS Nederlandse Rechtsbijstandverzekeringsmaatschappij
- **2016**: Massar/DAS Nederlandse Rechtsbijstandverzekeringsmaatschappij
  Büyüktipi/Achmea Schadeverz. & Achmea Rechtsbijstand

En meest recent:

2020: arrest 'Belgische Balies'

1. Kort overzicht achtergrond vrije advocaatkeuze

Wat heeft het HvJ EU in het kort beslist?

I. Algemene strekking en bindend karakter VAK (lees: 'verplicht en dwingend')

II. Kostenbeperkingen VAK op de polis mogen → mits 'redelijke keuzevrijheid' verzekerde gewaarborgd (*niet illusoir*)

III. VAK ook buiten procesmonopolie (b.v. kantonzaken)

IV. VAK ook in 'bestuurlijke voorprocedures' : *bezwaar, administratief beroep, UWV-ontslagprocedures*

2. Arrest HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18 (‘Belgische Balies arrest’) - verruiming vrije advocaatkeuze?

- Vrij onverwacht: ***HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18 (‘Belgische Balies arrest’)***

Waar ging het over?

- Klacht van Belgische advocatenbalies over Belgische wetgeving: ontbreken VAK t.a.v. ‘bemiddelingsprocedures’
- Belgische bemiddelingsprocedures

Partijen sluiten een bemiddelakkoord, via tussenkomst bemiddelaar → bemiddelakkoord. Partij kan naar de rechter en bekrachtiging vorderen. Rechter moet toewijzen, tenzij:

- Akkoord strijd met openbare orde
- Familiezaken / strijd met belangen minderjarige kinderen

→ vrijwillig bemiddelakkoord krijgt kracht van vonnis

2. Arrest HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18 (‘Belgische Balies arrest’) - verruiming vrije advocaatkeuze?

- **Prejudiciële vraag (vrij vertaald): ook VAK in (buiten)gerechtelijke bemiddeling, buiten gerechtelijke procedure zelf?**

- HvJ EU: ook VAK in deze (buiten)gerechtelijke bemiddelingszaken`, want:
  - Ruime bescherming rechtsbijstandverzekerden
  - o.g.v. Specifieke kenmerken van (buitengerechtelijke) bemiddeling in Belgische wetgeving
  - eerdere rechtspraak HvJ EU (2016): *ook rechtsbescherming VZ in ‘bestuurlijke voorprocedures’ – buiten bestuursrechtelijke gerechtelijke procecures*
  - Toenemend belang mediation binnen de EU

2. Arrest HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18 (‘Belgische Balies arrest’) - verruiming vrije advocaatkeuze?

R.o. 29 van het arrest:

“Zoals de advocaat-generaal in punt 81 van zijn conclusie opmerkt, omvat de term „procedure” dus niet alleen de fase van het beroep voor een gerecht in eigenlijke zin, maar ook de fase die daaraan voorafgaat en tot een gerechtelijke fase kan leiden.

Hieruit volgt dat het begrip „gerechtelijke procedure” niet kan worden beperkt tot uitsluitend niet-administratieve procedures voor een gerecht in eigenlijke zin, en ook niet door een onderscheid te maken tussen de voorbereidende fase en de besluitfase van een dergelijke procedure. ***Elke fase die kan leiden tot een procedure bij een rechterlijke instantie, zelfs een voorafgaande fase****, moet dus worden geacht onder het begrip „gerechtelijke procedure” in de zin van artikel 201 van richtlijn 2009/138 te vallen.*”

2. Arrest HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18 (‘Belgische Balies arrest’) - verruiming vrije advocaatkeuze?

Verwarring alom:

- HvJ EU hanteerde nog beperkte opvatting arrest **Eschig/UNIQA (2009)**

R.o. 51:

“*De oplossing van artikel 3, lid 2, sub c, van richtlijn 87/344 verleent de verzekerden immers ruimere rechten* ***dan artikel 4, lid 1, sub a, van deze richtlijn****. Zo voorziet deze laatste bepaling* ***slechts in een recht om vrij zijn rechtshulpverlener te kiezen voor het geval dat een gerechtelijke of administratieve procedure wordt ingesteld****. Volgens de oplossing van artikel 3, lid 2, sub c, van de richtlijn daarentegen mag de verzekerde de behartiging van zijn belangen toevertrouwen aan een rechtshulpverlener zodra hij uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst het recht heeft het optreden van de verzekeraar te eisen, dus ook voordat er sprake is van enige gerechtelijke of administratieve procedure.”*

2. Arrest HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18 (‘Belgische Balies arrest’) - verruiming vrije advocaatkeuze?

- **En nu: altijd buitengerechtelijk een recht van vrije advocaatkeuze?**

3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)

Geschillencommissie Kifid 31 maart 2021, GC 2021

Bespreking: zie D.B. Holthinrichs ‚Vrije advocaatkeuze in de buitengerechtelijke fase? NTHR 2021/3

- Geschil: Atlete heeft een geschil met een journalist over publicatie in tijdschrift over sportprestaties na een triatlonwedstrijd.
- VZ doet beroep op een sportrecht advocaat
- Advocaat leverde alleen bijstand in de buitengerechtelijke fase (geen ‘gerechtelijke of administratieve procedure’ of een andere procedure gevoerd)

Vrije advocaatkeuze in de minnelijke fase?

3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)

Geschillencommissie Kifid 31 maart 2021, GC 2021

Oordeel Geschillencommissie:

> *Ook vrije advocaatkeuze in de (gehele) buitengerechtelijke fase, mits de rechtsbijstandverzekerde in een conflict betrokken is*

(conflict= belangentegenstelling met een wederpartij → geen VAK bij juridische advisering)

3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)

Geschillencommissie Kifid 31 maart 2021, GC 2021

Onderbouwing verruiming VAK:

- Ruime uitleg VAK artikel 201 RL 2009/138 EG in de rechtspraak HvJ EU
- HvJ EU heeft 'algemene strekking en bindend karakter' VAK-artikel benadrukt
- HvJ EU overwoog in *Belgische Balies*-arrest dat het begrip 'gerechtelijke procedure' even ruim moet worden uitgelegd als het begrip 'administratieve procedures'
- En de overweging HvJ EU: "***Elke fase' die kan leiden tot een 'rechtszaak' dus ook een 'voorafgaande fase' valt onder vrije advocaatkeuze***"

GC: voor vrije advocaatkeuze in buitengerechtelijke fase niet vereist dat daarin sprake is van enige procedure

3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)

Geschillencommissie Kifid 31 maart 2021, GC 2021

DAS: schetste in de procedure een doemscenario w.b.t. exponentieel stijgende schadelast

Antwoord GC:

- Gevolgen eerdere arresten HvJ EU zijn tot nu toe beheerst, VR moeten hieraan invulling geven
- Natura-rechtsbijstandverzekering mag niet ten koste gaan van keuzevrijheid

En passant benoemt GC een zorgplicht van de RBverzekeraar!

> *"Wel onderschrijft de commissie het standpunt van de verzekeraar dat het beschikbaar stellen van budget voor inschakeling van een externe rechtshulpverlener, zonder dat sprake is van een procedure voor een gerecht, voor een verzekerde het* ***risico behelst dat het budget al (grotendeels of geheel) is verbruikt voordat hij aan de procedure begint****. Naar het oordeel van de commissie ligt hierin een* ***taak voor rechtsbijstandverzekeraars en de ingeschakelde advocaten om verzekerden*** *zowel* ***te informeren*** *over de mogelijkheden als ook te wijzen op mogelijke risico's, zodat verzekerden hierin een weloverwogen beslissing kunnen nemen."*

3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)

Gevolgen uitspraak GC:

- Potentieel vergaande gevolgen voor verzekeraars, qua schadelast
- Reactie Verbond van Verzekeraars op de uitspraak:
  https://www.verzekeraars.nl/publicaties/actueel/reactie-verbond-op-uitspraak-kifid-inzake-vrije-keuze-rechtshulpverlener-vkr

- Kamervragen: 12 mei 2021, Van Nispen (SP)

  antwoord Minister van Financiën en Minister van Rechtsbescherming o.a.:
  - Grote discrepantie tussen premies en advocatentarieven
  - Ontbreken tariefreguliering in NL (zoals b.v. in Duitsland) / sterke variatie in advocatentarieven
  - Spanning met criterium rechtspraak HvJ EU: recht van VAK mag niet illusoir worden (*HvJ EU 2011 Stark*)

    → **nader overleg ministeries, Verbond en NOvA? Onderzoek WODC?**

3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)

Zaak Commissie van Beroep 2 november 2021, CvB 2021-0042

- DAS ging (zoals verwacht) in hoger beroep tegen uitspraak GC 2021-0300

Oordeel Commissie van Beroep:

Onder (bijzondere) omstandigheden ook buiten gerechtelijke of administratieve procedure in eigenlijke zin vrije advocaatkeuze. Maar niet zonder meer het geval.

- Dus: rechtsbijstand in de buitengerechtelijke fase leidt doorgaans niet tot VAK volgens CvB

- Beslissing Geschillencommissie niet in stand gelaten

3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)

Commissie van Beroep 2 november 2021, CvB 2021-0042

Onderbouwing oordeel CvB:

- Strekking HvJ EU 'Eschig' in 2009:
  - geen onbeperkte VAK
  - art. 201 lid 1 onder a RL 2009/138/EG, met betrekking '**procedures**' zou zinledig zijn als altijd VAK zou gelden, buiten gerechtelijke en administratieve procedures
  - de richtlijn voorziet in een natura-verzekering

- Het HvJ EU **nam nimmer afstand** van het Eschig-arrest

- Arrest HvJ EU 'Belgische Balies' van 14 mei 2020 – 'voorafgaande fase' zag op een bemiddelakkoord dat kon worden geconverteerd in vonnis: dus voorportaal van rechtszaak

3. Uitspraken Kifid 31 maart 2021 (GC) en 2 november 2021 (CvB)

Commissie van Beroep 2 november 2021, CvB 2021-0042

- Status quo is dus behouden. Hoe nu verder?
- Prejudiciële vragen HvJ EU over begrip '*voorafgaande fase*' (die aan gerechtelijke of administratieve procedure voorafgaat)?

4. Probleem van de financiering van de rechtsbijstandverzekering

- Sinds HvJ EU Sneller/DAS (2013) lagere kostenmaxima i.h.k.v. kostenbeheersing.
  - b.v. 5.000,- euro voor advocaatkosten kantonprocedure
  - of 1.500,- per bestuursrechtelijke zaak
- Eigen risico-bedragen bij beroep op VAK
- Veelvuldig prijsafspraken tussen verzekeraars en advocaten (b.v. in Frankrijk verboden)
- Wordt er meer gestuurd op schadelast? (opzegging verzekeringen)

4. Probleem van de financiering van de rechtsbijstandverzekering

Wat als de verruiming van de VAK er toch komt?

- Rapport SEO: stijging schadelast verzekeraar met 25 tot 62 procent?
- NOvA en Verbond: nader overleg met overheid?
  - partiële tariefregulering?
  - geadviseerde honoraria?
- Kan in de markt een oplossing worden gevonden: aanbieding polis met 100 % keuzevrijheid? (tegen welke premie?)

4. Probleem van de financiering van de rechtsbijstandverzekering

Ter vergelijking : vrije artsenkeuze / vrije keuze onder de zorgverzekering

- 'Hinderpaalcriterium': geïnspireerd door Europese rechtspraak – altijd minimum-vergoeding zorgkosten bij vrije keuze

- HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 (Momentum/GZ)
  - doorgaans 75-80 % minimum dat VR moet vergoeden (verzekerden betalen dus soms 20 tot 25 % eigen bijdrage!)
  - of dit een belemmering (hinderpaal) oplevert is afhankelijk van de omstandigheden v.h. geval

- NB: bij zorgverzekeringen zijn er **wél** restitutiepolissen met 100 % vrije keuze (differentiatie in de markt)

4. Probleem van de financiering van de rechtsbijstandverzekering

- Kunnen RBverzekeraars lessen trekken uit de ontwikkelingen van de zorgverzekeringsmarkt?

  - normeringen vergoedingen rechtshulpverlener?
  - acceptabel dat VZ een (wezenlijke) eigen bijdrage betaalt?
    (criterium HvJ EU Stark/UNIQA 'redelijke keuzevrijheid'→ vgl. 'hinderpaalcriterium')
  - differentiatie in de markt (naturapolissen / restitutiepolissen)

4. Probleem van de financiering van de rechtsbijstandverzekering

Belangrijkste dat het debat over de financiering van de rechtsbijstandverzekering én het behoud van de toegang tot het recht transparant wordt gevoerd

- **Vragen?**