Vrije advocaatkeuze **in letselschadezaken**

Er is al lange tijd veel te doen over de vraag of rechtsbijstandsverzekeraars een eigen advocaat naar keuze zouden moeten vergoeden. Tot nu toe staan zij dat slechts toe als dat expliciet is overeengekomen of als sprake is van een gerechtelijke procedure waarbij een advocaat verplicht is. In letselschadezaken wordt relatief weinig geprocedeerd en concentreert rechtsbijstand zich vaak in de fase ervoor. Toch is er een belang om ook in die fase een eigen keuze te kunnen maken, zeker als een aansprakelijke verzekeraar meent de kosten niet of niet volledig te hoeven vergoeden. Letselschadeadvocaat mr. Tim Bueters verdiepte zich voor LetselschadeNEWS in wat op dit moment de stand van zaken is.

Auteur *T.J.C. (Tim) Bueters van REX Advocaten, met dank aan F.B. (Fleur) ten Hove*





Tim Bueters

In 2020 heeft het Europese Hof van Justitie (hierna: *'het Hof')* een arrest gewezen over de vrije advocaatkeuze in het kader van rechtsbijstandverzekeringen.[1] Het recht van een verzekerde om in een gerechtelijke procedure op kosten van zijn rechtsbijstandverzekeraar een eigen belangenbehartiger in te schakelen, werd in de loop der jaren al aanzienlijk verruimd door het Europese Hof. Het Hof oordeelde in haar arrest van 14 mei 2020, dat er ook in de voorfase van een gerechtelijke procedure recht op vrije advocaatkeuze is. De Geschillencommissie van het Nederlandse KIFID (*Klachteninstituut financiële dienstverlening*) bevestigde dit in een uitspraak van 31 maart 2021.[2] Het Verbond van Verzekeraars meende echter dat de uitspraak van het Hof niet voor Nederlandse rechtsbijstandsverzekeraars zou gelden. In dit artikel bespreek ik de verruiming van de vrije advocaatkeuze en de gevolgen, die de verruiming met zich meebrengt voor de toegang tot het recht voor rechtszoekenden in letselschadezaken.

Wat betekent het begrip 'vrije advocaatkeuze'?

In Nederland is een rechtsbijstandsverzekering primair een polis in natura. Dit betekent dat de juristen van bijvoorbeeld ARAG of DAS de zaak in principe zelf zullen behandelen. Een uitzondering hierop is de vrije advocaatkeuze, vastgelegd in artikel 4:67 van de Wet Financieel Toezicht. Dit wetsartikel is een uitwerking van Europese regelgeving (Richtlijn 87/344/EEG en herschikt in Richtlijn 2009/138/EG) en bevat twee specifieke gevallen waarin het recht van een verzekerde op vrije advocaatkeuze geldt: als er een gerechtelijke of administratieve procedure gestart moet worden of als er sprake is van een belangenconflict tussen verzekerde en verzekeraar. Dat laatste is met name aan de orde als de jurist van de rechtsbijstandverzekering en de verzekerde het niet eens zijn of als er twee verzekerden van dezelfde verzekeraar in conflict zijn. De eerste grond is onduidelijker en heeft ertoe geleid dat er meermaals over is geprocedeerd.

Vrije advocaatkeuze ook zonder de gang naar de rechter?

In 2013 heeft het Hof in de zaak ***Sneller/DAS*** geoordeeld dat het niet uitsluitend aan de verzekeraar is om te bepalen of er een externe rechtsbijstandverlener moet worden ingeschakeld.[3] Voorts bepaalde het Hof dat het ook niet afhankelijk is van de nationale regels voor procesvertegenwoordiging of een verzekerde recht heeft op vrije advocaatkeuze: dat er in Nederland bij de kantonrechter geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt, doet niet af aan het recht van een verzekerde op vrije advocaatkeuze. Een verzekerde heeft het recht op vrije advocaatkeuze op het moment dat klaarblijkelijk/evident is dat er een procedure gevoerd zal moeten worden, ondanks dat een jurist van een rechtsbijstandverzekeraar de procedure in feite ook zelf kan voeren. In de zaken *Massar/DAS* en *Büyuktipi/Achmea* is geoordeeld dat dit ook geldt voor een ontslagprocedure via het UWV en een bezwaarprocedure bij het CIZ. Niet alleen in procedures bij rechtbanken, hoven of de Hoge Raad geldt de vrije advocaatkeuze, maar dus ook in andere gevallen – in bijvoorbeeld administratieve procedures – heeft een verzekerde het recht op vrije advocaatkeuze. Het Hof oordeelde in de voormelde zaken dat een verzekerde zowel in de voorbereidende fase als in de besluitfase van een gerechtelijke of administratieve procedure recht op vrije advocaatkeuze heeft. Duidelijk is dat deze arresten leidden tot een kentering in de praktijk van Nederlandse rechtsbijstandsverzekeraars. Steinz schrijft in 2018 dat een verzekerde gewapend met deze uitspraken van het Hof een werkelijk vrije advocaatkeuze kan afdwingen.[4] Toch blijkt dit in de praktijk niet het geval te zijn: meerdere verzekeringsmaatschappijen leggen de vrije advocaatkeuze in strijd met de jurisprudentie van het Hof uit.

In 2020 wordt het recht op vrije advocaatkeuze nog verder verruimd door het Europese Hof. Het Hof oordeelt in *Ordes van balies/Ministerraad* dat ook bij buitengerechtelijke bemiddeling – een bemiddelingsvorm naar Belgisch recht – het recht op vrije advocaatkeuze geldt. Dit terwijl er pas bij een akkoord tussen partijen *mogelijk* een rechter wordt betrokken, om het akkoord tussen partijen de kracht van een vonnis te geven. Het Verbond van Verzekeraars in Nederland stelde dat deze uitspraak niet voor Nederland zou gelden. De Geschillencommissie van het KIFID heeft in maart 2021 beslist dat ook bij een minnelijk overleg in een voortraject de verzekerde een eigen advocaat moet kunnen inschakelen.



Fijen is van mening dat dit betekent dat ook in letselschadezaken, waar aan het einde van vrijwel iedere zaak een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten, er recht op vrije advocaatkeuze geldt.[5] Ik sluit mij aan bij deze opvatting. Uit de uitspraak van het Hof van maart 2021 volgt immers dat elke fase die *kan* leiden tot een procedure bij de rechter onder het begrip 'gerechtelijke procedure' valt. Door de verruiming van het recht op vrije advocaatkeuze verandert de Nederlandse praktijk van rechtsbijstandsverzekeraars in zekere zin van een 'natura-rechtsbijstandverzekering' naar een kostenverzekering.

Leidt vrije advocaatkeuze tot beperking van de toegang tot het recht?

Nederland is het enige land binnen de Europese Unie waar de rechtsbijstandsverzekeraars zaken zelf behandelen, in alle andere lidstaten is de rechtsbijstandverzekering een kostenverzekering. De rechtsbijstandsverzekeraars zijn tegen deze verschuiving en dus tegen verruiming van de vrije advocaatkeuze, omdat dit zal leiden tot een stijging van de premie voor verzekerden. Een onafhankelijk bureau, dat in opdracht van het Verbond van Verzekeraars onderzoek deed naar de gevolgen van de verruiming van de vrije advocaatkeuze, voorspelt dat er om die reden *'een grote groep verzekerden zal afhaken, waardoor de toegang tot het recht voor grote groepen burgers duurder en mogelijk onbetaalbaar zal worden.*[6]

'Vrije advocaatkeuze ingeperkt in praktijk'

DAS voerde dit in de zaak bij de Geschillencommissie eveneens aan , maar dat was voor de Geschillencommissie niet doorslaggevend. Dat is mijns inziens ook niet vreemd, omdat in alle andere lidstaten van de Europese Unie een zaak wél altijd wordt uitbesteed aan een externe advocaat. Dat volledig vrije advocaatkeuze in Nederland niet mogelijk zou zijn omdat de toegang tot het recht dan onbetaalbaar wordt, vind ik dan ook een merkwaardige stelling. Dat de premies zullen stijgen als gevolg van verruiming van de vrije advocaatkeuze is een feit. De betaalbaarheid van de rechtsbijstandverzekering is een belangrijk onderdeel van de toegang tot het recht van rechtszoekenden. Net als Holthinrichs ben ik van mening dat toegang tot het recht van rechtszoekenden voorop moet staan.[7] Maar juist om dat recht te waarborgen is naar mijn idee een grote mate van keuzevrijheid bij het inschakelen van een belangenbehartiger essentieel.

Politiek aan zet

Tweede Kamerlid Van Nispen (SP) heeft op 12 mei 2021 Kamervragen gesteld over het recht op vrije advocaatkeuze als gevolg van de uitspraken van het Hof en de Geschillencommissie. Het Kamerlid is van mening dat het huidige beleid van rechtsbijstandsverzekeraars het recht op vrije advocaatkeuze bemoeilijkt en dat de uitleg die het Hof heeft gegeven aan dit begrip wettelijk vastgelegd dient te worden. Volgens Van Nispen biedt de invoering van minimale maximumtarieven voor externe belangenbehartigers uitkomst om te voorkomen dat rechtsbijstandsverzekeraars een te forse beperking invoeren, waardoor de vrije advocaatkeuze illusoir wordt gemaakt. De regering acht een wettelijke regeling niet nodig, omdat het recht op vrije advocaatkeuze al is vastgelegd in artikel 4:67 Wft en de uitleg die het Hof aan het begrip heeft gegeven directe werking heeft in Nederland.

Rechtsbijstandverzekeraars hebben, binnen de kaders van het recht, de vrijheid om rechtsbijstand vorm te geven en mogen derhalve beperkingen – zoals een maximale kostenvergoeding voor externe juridische dienstverlening - hanteren, zolang die beperkingen niet zodanig zijn dat het recht op vrije advocaatkeuze denkbeeldig wordt. Het is volgens de regering aan de rechter om in een concreet geval te beoordelen of beperkingen van rechtsbijstandverzekeraars in strijd zijn met (de uitleg van) het recht op vrije advocaatkeuze. Wel is de in de praktijk ontstane discussie aanleiding voor de regering om verder naar het recht op vrije advocaatkeuze te kijken en wellicht nader onderzoek te verrichten. Na overleg met het Verbond van Verzekeraars en de Nederlandse Orde van Advocaten zal de regering beslissen of er en zo ja welke maatregelen passend zijn om te voorkomen dat het recht op vrije advocaatkeuze in de praktijk door rechtsbijstandsverzekeraars wordt ingeperkt.

'Premiestijging voor verzekerden?'

Heeft de jurisprudentie van het Hof daadwerkelijk ertoe geleid dat voortaan in alle (letselschade)zaken een verzekerde recht heeft op vrije advocaatkeuze? Dat blijkt toch niet zonder meer het geval. DAS stelde hoger beroep in tegen de uitspraak van de Geschillencommissie. Recent heeft de Commissie van Beroep van het KIFID geoordeeld dat er in buitengerechtelijke procedures geen vrije advocaatkeuze is.[8] Volgens de Commissie heeft de Geschillencommissie zich onterecht gebaseerd op Europese rechtspraak. De Commissie oordeelt dat een rechtsbijstandsverzekeraar in een natura-rechtsbijstandverzekering de vrije advocaatkeuze mag beperken tot een gerechtelijke of administratieve procedure. Het lijkt erop dat met deze uitspraak een einde is gekomen aan de onduidelijkheid over het recht op vrije advocaatkeuze. Uiteraard zijn de rechtsbijstandsverzekeraars tevreden met het oordeel van de Commissie. DAS stelt zelfs dat door de uitspraak *'het goed werkende systeem van natura-rechtsbijstand overeind blijft.*[9]

Echter is het maar de vraag of het Nederlandse systeem wel zo goed werkt; het gevaar bestaat dat het recht op vrije advocaatkeuze een fictie wordt. Dat is mijns inziens problematisch, omdat het recht op vrije advocaatkeuze een wezenlijk onderdeel is van de toegang tot het recht. Het risico bestaat dat rechtsbijstandsverzekeraars gaan proberen om – ook in de gevallen waar de gang naar de rechter noodzakelijk is – een gerechtelijke procedure te vermijden. De toegang tot het recht lijkt zodoende onderhevig te worden aan het belang van de rechtsbijstandsverzekeraars om kosten zoveel als mogelijk te drukken. Terwijl de rechtspraak van het Hof juist benadrukt hoe belangrijk een ruime keuzevrijheid voor het inschakelen van een belangenbehartiger is. Toch is met het oordeel van de Commissie nog niet alles gezegd; de politiek is immers aan zet. Mogelijk biedt de nationale wetgever te zijner tijd uitsluitsel of wellicht wordt er in de toekomst nog weer een gang naar het Europese Hof gemaakt.

'Politiek is nu aan zet'

Geschillenregeling

Voor de goede orde wijs ik erop dat er nog een andere mogelijkheid is om een advocaat naar keuze in te schakelen. Een rechtsbijstandsverzekeraar zal aan het begin en tijdens de behandeling van een zaak periodiek toetsen of de zaak nog wel een reële kans op succes heeft. Indien de verzekeraar tot de conclusie komt dat een zaak niet (meer) haalbaar is, kan de behandeling van het dossier door de rechtsbijstandsjurist neergelegd worden. In dat geval kan de verzekerde aan de hand van artikel 4:68 Wft een beroep doen op de geschillenregeling. Dit beroep is ook mogelijk als er een verschil van inzicht is over de verkozen strategie in een zaak.

In de polisvoorwaarden van rechtsbijstandsverzekeraars is voor deze situatie opgenomen dat de verzekerde dan een second opinion kan aanvragen bij een advocaat naar keuze. Deze advocaat wordt op kosten van de rechtsbijstandsverzekeraar gevraagd te beoordelen of er een redelijke kans van slagen is of dat er door de verzekeraar voor een onjuiste tactiek is gekozen. Doorgaans betreft dit een bindend advies, waaraan de verzekeraar en de verzekerde zich vervolgens zullen moeten houden. De advocaat die de second opinion uitvoert mag overigens vervolgens de zaak zelf niet in behandeling nemen. Na de second opinion zal de zaak – ondanks de ontstane vertrouwensbreuk - weer terug naar de rechtsbijstandsverzekeraar gaan.

Conclusie

In een letselschadezaak zou op basis van de voormelde uitspraak van het Europese Hof naar mijn mening voor het slachtoffer de keuze moeten bestaan om al direct vanaf het begin een advocaat naar keuze in te schakelen. De commissie van beroep van het Kifid heeft weliswaar anders geoordeeld, het is echter de vraag hoe de Nederlandse rechter hier tegenaan kijkt. Het is wachten tot een slachtoffer deze principiële vraag aan een rechter voorlegt.

Indien er een procedure gestart moet worden, omdat er geen overeenstemming kan worden bereikt met de aansprakelijke verzekeraar, dan bestaat er voor het slachtoffer sowieso het recht om een advocaat naar keuze in te schakelen. Dit recht bestaat er op basis van de geschillenregeling dus ook als er een discussie met de rechtsbijstandsverzekeraar ontstaat over de haalbaarheid van de zaak of de verkozen tactiek. ◆

VOETNOTEN

1 HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372.
2 Bindend advies Kifid inzake Consument / DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij N.V., 31 maart 2021.
3 HvJ EU 7 november 2013, C-442/13, ECLI:EU:C:2013:717 *(Sneller/DAS),* r.o. 32.
4 T. Steinz, 'Gaat het wel goed met onze rechtsbijstandverzekeringen?', *NJB* 2018/1141, afl. 23, p. 1-8 (online in Kluwer Navigator).
5 S.C. Fijen, 'Hoe vrij is de vrije advocaatkeuze op basis van een rechtsbijstandverzekering?', ***Letsel & Schade*** 2021, nr. 2, afl. 10, p. 5-13.
6 Zie https://www.advocatenblad.nl/2021/11/02/commissie-van-beroep-kifid-geen-vrije-advocaatkeuze-in-buitengerechtelijke-procedure/.
7 D.B. Holthinrichs, 'Vrije advocaatkeuze en de rechtsbijstandverzekering', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2020, nr. 7/8, p. 273-279.
8 Uitspraak Commissie van Beroep Kifid inzake Consument / DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij N.V., 29 oktober 2021, nr. 2021-0042.
9 Persbericht DAS, zie: https://www.advocatenblad.nl/2021/11/02/commissie-van-beroep-kifid-geen-vrije-advocaatkeuze-in-buitengerechtelijke-procedure/.