

De vrije advocaatkeuze en vergunningplicht bij rechtsbijstandverzekeraars

Een juridisch en praktijkgericht onderzoek naar de houdbaarheid van polisvoorwaarden en de hervormde vergunningplicht bij rechtsbijstandverzekeraars



Joep van den Oever
Recht Direct

Deurne, 11 januari 2016

De vrije advocaatkeuze en vergunningplicht bij rechtsbijstandverzekeraars

Een juridisch en praktijkgericht onderzoek naar de houdbaarheid van polisvoorwaarden en de hervormde vergunningplicht bij rechtsbijstandverzekeraars

Auteur	Joep van den Oever
Studentnummer	2055495
Afstudeerorganisatie	Recht Direct B.V.
Stagementor	Mw. M. Savelkoul
Opleiding	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie	Tilburg
Eerste begeleider	Mw. mr. N. Lavrijssen
Tweede begeleider	Mw. mr. T. Wielders
Afstudeerperiode	September 2015 – januari 2016
Classificatie	Intern
Plaats en datum	Deurne, 11 januari 2016

Voorwoord

In september 2015 ben ik begonnen met het laatste traject van mijn hbo-rechtenopleiding aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. In dit kader heb ik stage gelopen bij Recht Direct, een jonge en snel groeiende onderneming die zich met name bezig houdt met de preventieve kant van het recht. Saillant detail hierbij is dat Recht Direct een partner is van Goorts + Coppens Advocaten | Adviseurs, het advocatenkantoor waar ik mijn eerste stageperiode van de opleiding met erg veel plezier heb gevolgd. Het was zodoende prettig om enerzijds werkzaam te zijn in een nieuwe, voor mij relatief onbekende onderneming, en anderzijds terug te komen in de vertrouwde omgeving aan de Heuvelstraat in Deurne.

Dit rapport is zodoende geschreven onder auspiciën van Recht Direct. Reeds voordat de daadwerkelijk stage was begonnen was duidelijk dat het onderwerp van de scriptie betrekking zou gaan hebben op rechtsbijstandverzekeraars. Dit gezien het feit dat Recht Direct in de toekomst mogelijk als zodanig op wil gaan treden. Inzake de rechtsbijstandverzekeraars hebben de laatste jaren op verschillende gebieden ontwikkelingen plaatsgevonden. Om die reden is besloten om dit rapport te laten bestaan uit twee deelonderwerpen, waarvan zowel ikzelf als Recht Direct vindt dat deze van groot belang zijn wanneer Recht Direct daadwerkelijk een verzekeringsbedrijf wordt. Nadat deze enigszins ongewone invulling van een afstudeerscriptie door de opleiding werd goedgekeurd, ben ik direct, vol goede moed aan de slag gegaan.

Vanzelfsprekend is dit rapport niet enkel en alleen ontstaan door toedoen van mijzelf. Tijdens het gehele traject heb ik van verschillende kanten ondersteuning gehad, die in wezenlijke mate bij heeft gedragen aan de totstandkoming ervan. In dit kader wil ik graag alle medewerkers van Recht Direct bedanken, in het bijzonder mijn afstudeermentor Marlou Savelkoul. Marlou heeft mij alle tijd en ruimte gegeven om de scriptie te maken tot wat het is geworden, en heeft me waar nodig ondersteund. Dank daarvoor!

Daarnaast wil ik graag mijn stagedocenten vanuit de opleiding, Noortje Lavrijssen en Tamara Wielders, bedanken voor alle energie die ze in mijn afstudeertraject heb gestoken. De feedback op ingeleverde stukken was erg helder en op vragen van mijn zijde werd snel en duidelijk gereageerd. Ook daarvoor, dank!

Joep van den Oever

Deurne, januari 2016

Verklaring van afkortingen

Art.	Artikel
ARAG	ARAG Rechtsbijstand
BW	Burgerlijk Wetboek
DAS	DAS Rechtsbijstand
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
Kifid	Klachteninstituut Financiële Dienstverlening
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse jurisprudentie
Rb.	Rechtbank
SAR	Stichting Achmea Rechtsbijstand
Solvency II-richtlijn	Richtlijn 2009/138/EG
Vzr.	Voorzieningenrechter
Wft	Wet op het financieel toezicht
WED	Wet op de economische delicten

Inhoudsopgave

Samenvatting	6
1 Inleiding	7
2 Het recht op vrije advocaatkeuze nader belicht	9
2.1 De verzekeringsovereenkomst	9
2.1.1 Premie	10
2.1.2 Uitkering	10
2.1.3 Onzekerheid	10
2.2 De polis	10
2.3 De meldings- en inlichtingenplicht	11
2.4 De rechtsbijstandverzekering	11
2.5 Het recht op vrije advocaatkeuze	11
2.5.1 Richtlijn 87/344/EEG	12
2.5.1.2 De Wet op het financieel toezicht	13
2.5.2 Jurisprudentie	13
2.5.2.1 Het Eschig-arrest (2009)	13
2.5.2.2 Het Stark-arrest (2011)	14
2.5.2.3 Sneller/DAS Rechtsbijstand (2013)	15
2.5.3.4 Het begrip "administratieve procedure" van art. 4 van Richtlijn 87/344/EEG	17
2.6 Conclusie	17
3 De gevolgen voor de polisvoorwaarden	18
3.1 De vrije advocaatkeuze in de praktijk	18
3.1.1 Stichting Achmea Rechtsbijstand	18
3.1.1.1 De oude polisvoorwaarden van SAR (2012)	19
3.1.1.2 De huidige polisvoorwaarden van SAR	19
3.1.2 DAS Rechtsbijstand	20
3.2.2.1 De oude polisvoorwaarden van DAS (2012)	20
3.2.2.2 De huidige polisvoorwaarden van DAS	20
3.1.3 ARAG Rechtsbijstand	21
3.1.3.1 De oude ProRechtPolis (2013)	21
3.1.3.2 De oude FlexPolis (2013)	22
3.1.3.3 De huidige ProRechtPolis	22
3.1.3.4 De huidige FlexPolis	22
3.2 Conclusie	23
4 De juridische houdbaarheid van de polisvoorwaarden	24
4.1 De en-bloc clause in het verzekeringsrecht	24
4.1.1 De redelijkheid en billijkheid van de en-bloc clause	24
4.1.2 De en-bloc clause en het belang van de vermogenspositie	25
4.1.3 De en-bloc clause en misbruik van bevoegdheid	25
4.2 De en-bloc beperkingen van rechtsbijstandverzekeraars	26
4.2.1 De en-bloc beperkingen in het licht van de jurisprudentie	26
4.2 Een inhoudelijke beoordeling van de polisvoorwaarden	28

4.2.1	Wie bepaalt of er wordt uitbesteed?	28
4.2.2	Redelijke keuze.....	29
4.2.3	Wat als de verzekerde zelf een externe advocaat inschakelt?	30
4.3	Conclusie	30
5	De vergunningplicht voor verzekeraars.....	32
5.1	De invoering van de Wft.....	32
5.2	De opbouw van de Wft.....	32
5.2.1	Twee vormen van toezicht.....	33
5.3	De vergunningplicht voor de schadeverzekeraar	33
5.3.1	De verbodsbepaling van artikel 2:27 Wft	34
5.3.2	Rechtsbijstandverzekeraar: schadeverzekeraar?.....	35
5.3.2.1	De Bijlage Branches	36
5.3.2	De rol van De Nederlandsche Bank	36
5.3.2.1	Vergunningeisen	37
5.3.2.2	Wijzigen, intrekken of beperken van de vergunning	37
5.4	Conclusie	37
6	Recht Direct: verzekeraar versus vergunningplicht	38
6.1	Wijzigingen Wet op het financieel toezicht.....	38
6.1.1	Richtlijn Solvency II	38
6.1.1.1	De strekking van de Solvency II-richtlijn	39
6.1.1.2	Het toepassingsbereik van de Solvency II-richtlijn	39
6.1.2	Het Solvency II Basic-regime.....	40
6.1.3	Vrijstellingsregeling Wft	40
6.2	Uitzonderingsbepalingen van paragraaf 1.1.2.3 Wft	41
6.3	Conclusie	42
7	Conclusies en aanbevelingen	43
7.1	Conclusies.....	43
7.2	Aanbevelingen.....	45
7.2.1	Informeer klanten met een rechtsbijstandverzekering tijdens de bedrijfsscan.....	45
7.2.2	Houd rekening met de eisen van art. 1e Vrijstellingsregeling Wft.....	45
7.2.3	Check regelmatig of de onderneming nog voldoet aan de eisen van art. 1e Vrijstellingsregeling Wft	46
7.2.4	Zorg voor compliance van polisvoorwaarden.....	46
7.2.5	Houd de ontwikkelingen inzake het begrip “administratieve procedure” in de gaten	46
	Literatuur- en bronnenlijst	47

Bijlagen

Bijlage I	Overzicht polisvoorwaarden SAR, DAS en ARAG
Bijlage II	Overzicht art. 2:31 Wft
Bijlage III	Overzicht art. 1:104 Wft
Bijlage IV	Overzicht artikel 4 richtlijn 2009/138/EG

Samenvatting

Reeds enige tijd speelt Recht Direct B.V. met de gedachte om in de (nabije) toekomst op te gaan treden als rechtsbijstandverzekeraar. In dit kader zijn de vrije advocaatkeuze en de vergunningplicht bij rechtsbijstandverzekeraars onderzocht. Om voor beide onderwerpen het onderzoek adequaat af te bakenen, is de volgende centrale vraag leidend geweest:

Zijn de wijzigingen die rechtsbijstandverzekeraars Stichting Achmea Rechtsbijstand, DAS en ARAG sinds de uitspraak van het Europese Hof van 7 november 2013 hebben doorgevoerd in hun polisvoorwaarden in overeenstemming met de Europese en nationale regelgeving en is er een mogelijkheid voor Recht Direct om zelf als (quasi-) rechtsbijstandverzekeraar op te gaan treden, zonder daarbij vergunningplichtig te zijn?

Het recht op vrije advocaatkeuze, dat ligt besloten in Richtlijn 87/344/EEG van de Raad van de Europese Unie en in ons nationaal recht is gecodificeerd in art. 4:67 lid 1 Wft, heeft de laatste jaren vorm heeft gekregen door verschillende arresten. Met name een arrest uit 2013 van het Europese Hof van Justitie (Sneller/DAS) heeft rechtsbijstandverzekeraars genoopt tot wijzigingen in de polisvoorwaarden. Immers, in dit arrest is bepaald dat de vrije advocaatkeuze – tegen de mening van verzekeraars in – niet slechts afhankelijk is van de mening van de verzekeraar over het al dan niet uitbesteden van een zaak. Het maakt hierbij geen verschil of er sprake is van procesmonopolie. Als gevolg hiervan hebben verzekeraars hun voorwaarden gewijzigd. Om dit te kunnen doen heeft in elk geval DAS gebruikt gemaakt van de en-bloc clausule. Het beroep hierop is echter, gezien de eisen die de jurisprudentie hieraan stelt, mogelijk onrechtmatig geweest. Daarnaast kan ook wat betreft de inhoudelijke wijzigingen die de verzekeraars hebben doorgevoerd, in sommige gevallen worden getwijfeld aan de rechtsgeldigheid daarvan. Daarbij verdient het opmerking dat die inschatting in sommige gevallen – mede als gevolg van een gebrek aan (nationale) jurisprudentie – lastig te maken is. Vervolgens is onderzocht of er voor Recht Direct een mogelijkheid bestaat als rechtsbijstandverzekeraar op te treden, zonder daarbij vergunningplichtig te zijn. Op grond van art. 2:27 lid 1 Wft dienen schadeverzekeraars immers in beginsel over een vergunning te beschikken. Onderzoek naar het begrip schadeverzekeraar heeft geleid tot de conclusie dat de rechtsbijstandverzekeraar hier onder kan worden geschaard. Om echter voor deze vergunning in aanmerking te komen, dient aan een aantal (financiële) voorwaarden te worden voldaan. Daar Recht Direct dit juist wil vermijden, is bekeken of er een mogelijkheid bestaat bovenstaande vergunningplicht te omzeilen. Om dit te kunnen bewerkstelligen is het volledige nieuwe toezichtsregime op verzekeraars – waar de vergunningplicht deel van uitmaakt – nauwkeurig onderzocht. Het toezichtsregime is sinds 1 januari 2016 namelijk aanzienlijk gewijzigd door invoering van, onder andere, de Richtlijn Solvency II. Onderzoek naar dit nieuwe toezichtskader heeft tot de conclusie geleid dat er drie verschillende regimes zijn waaronder een verzekeraar kan worden geschaard. Gezien het feit dat de twee “zwaarste” regimes – Solvency II en Solvency II Basic – een vergunningplicht omvatten, is onderzocht of er een mogelijkheid bestaat onder deze regimes uit te komen. Sinds 1 januari 2016 wordt deze mogelijkheid geboden in de vorm van het nieuwe art. 1e van de eveneens vernieuwde Vrijstellingsregeling Wft. Wanneer aan de eisen van dit artikel wordt voldaan, zal Recht Direct vrijgesteld zijn van enige vergunningplicht op grond van de Wft. Naast de financiële eisen, welke de potentiële groei van Recht Direct aanmerkelijk beperken, vooral de eis dat er geen ander bedrijf mag worden uitgevoerd dan het schadeverzekeringsbedrijf, zorgwekkend. Recht Direct wil immers haar huidige diensten blijven verlenen. Of dit alles vanuit praktisch oogpunt haalbaar is, zal derhalve nog moeten worden bezien.

1 Inleiding

Enkele jaren geleden, te weten op 7 november 2013, zat ik middenin mijn eerste stageperiode in het kader van mijn opleiding aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Op het advocatenkantoor waar ik stage liep was het D-day. Het was namelijk de dag waarop het Europese Hof van Justitie (hierna ook wel: het HvJ) antwoord zou geven op prejudiciële vragen van de Hoge Raad inzake het recht op vrije advocaatkeuze. In de middag was het hoge woord eruit, en bleek dat het HvJ de procederende verzekeraar in het ongelijk had gesteld. Uit het arrest – ook wel het Sneller/DAS-arrest¹ genoemd – kan namelijk worden gedestilleerd dat rechtsbijstandverzekeraars het recht op vrije advocaatkeuze meer dan twintig jaar (het recht staat al sinds 1993 in de wet) verkeerd hebben geïnterpreteerd. Wat het arrest exact inhield wordt besproken in hoofdstuk 2, feit is in elk geval dat rechtsbijstandverzekeraars hun polisvoorwaarden – in meer of mindere mate – hebben moeten wijzigen om te voldoen aan de nieuwe jurisprudentie. Nu, ruim twee jaar later, is de commotie enigszins verstomd, en is het tijd om de balans op te maken: in hoeverre hebben enkele grote verzekeraars (Stichting Achmea Rechtsbijstand (SAR), DAS en ARAG) hun polisvoorwaarden in overeenstemming gebracht met voornoemd arrest?

Naast het recht op vrije advocaatkeuze is er nóg een actueel juridisch vraagstuk dat betrekking heeft op de rechtsbijstandverzekeraar, namelijk de vergunningplicht op grond van de Wet of het financieel toezicht (hierna: Wft). Op grond van deze wet zijn allerlei financiële ondernemingen – onder meer middels een vergunningsstelsel – gebonden aan bepaalde vormen van toezicht. De vergunningplicht die hier onderdeel van uitmaakt is sinds 1 januari 2016 op de schop gegaan door de implementatie van onder meer een richtlijn van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie. Gezien het feit dat ook Recht Direct in de toekomst mogelijk als rechtsbijstandverzekeraar op wil gaan treden, heeft ook dit onderwerp direct betrekking op de onderneming. Recht Direct heeft echter aangegeven de vergunningplicht te willen mijden. Derhalve is het zinvol om te bekijken of het mogelijk is om – zonder vergunningplichtig te zijn – het bedrijf van rechtsbijstandverzekeraar te praktiseren en zo ja: op welke manier?

Bovenstaande heeft geresulteerd in onderstaande centrale vraag:

Zijn de wijzigingen die rechtsbijstandverzekeraars Stichting Achmea Rechtsbijstand, DAS en ARAG sinds de uitspraak van het Europese Hof van 7 november 2013 hebben doorgevoerd in hun polisvoorwaarden in overeenstemming met de Europese en nationale regelgeving en is er een mogelijkheid voor Recht Direct om zelf als (quasi-) rechtsbijstandverzekeraar op te gaan treden, zonder daarbij vergunningplichtig te zijn?

Uiteindelijk wordt er op 12 januari 2016 een onderzoeksrapport opgeleverd inzake de juridische houdbaarheid van de polisvoorwaarden van Stichting Achmea Rechtsbijstand, DAS en ARAG in het kader van het Sneller/DAS-arrest. Op die manier kan Recht Direct haar klanten tijdens de bedrijfsscans wijzen op mogelijke onrechtmatigheden in de polisvoorwaarden van deze verzekeraars en op die manier mogelijk klanten binnenhalen voor de partner van Recht Direct: advocatenkantoor Goorts + Coppens Advocaten | Adviseurs. Daarbij onderzoekt het rapport in hoeverre Recht Direct op mag treden als rechtsbijstandverzekeraar, zonder daarbij vergunningplichtig te zijn op grond van de Wft. Zodoende kan zij bepalen of het interessant is haar verdienmodel hier in de toekomst op aan te passen.

¹ HvJ EU 13 november 2013, zaaknummer C-442/12 (Sneller/DAS).

Om tot een dergelijk onderzoeksrapport te komen is gebruik gemaakt van verschillende onderzoeksmethoden. Allereerst heeft er onderzoek naar de praktijk plaatsgevonden: de polisvoorwaarden van de verschillende verzekeraars zijn met een kritisch oog bekeken. Daarnaast is voornamelijk het recht onderzocht om de centrale vraag te kunnen beantwoorden. Middels een inhoudsanalyse van onder meer jurisprudentie, wet- en regelgeving en wetenschappelijke literatuur is getracht het juridisch kader inzake beide onderwerpen af te bakenen, om het vervolgens te toetsen aan de praktijk. De resultaten van deze vormen van onderzoek zijn geanalyseerd, waarna de bevindingen die het meest concreet bijdragen aan de beantwoording van de centrale vraag en de realisatie van de doelstelling, op een zo helder mogelijke manier zijn verwerkt in het rapport.

Het rapport ziet er in opzet als volgt uit. Het volgende hoofdstuk impliceert een juridische uiteenzetting van het recht op vrije advocaatkeuze. Er vindt een juridische analyse van het begrip “verzekering” plaats, waarna de juridische facetten van het recht op vrije advocaatkeuze uiteen zullen worden gezet.

Vervolgens vindt in hoofdstuk 3 voornamelijk het onderzoek van de praktijk plaats. Naar aanleiding van de jurisprudentie die in hoofdstuk 2 is besproken, hebben verzekeraars aanpassingen gedaan in hun polisvoorwaarden. Wat deze aanpassingen precies zijn, wordt in hoofdstuk 3 onderzocht.

Het vierde hoofdstuk onderzoekt vervolgens in hoeverre deze aanpassingen stroken met de eerder besproken jurisprudentie. Voordat er echter een inhoudelijke beoordeling van de polisvoorwaarden plaatsvindt, zal eerst worden bekeken in hoeverre het de verzekeraars was toegestaan hun polisvoorwaarden tussentijds aan te passen.

Hoofdstuk 5 bevat een juridische uiteenzetting van de vergunningplicht van verzekeraars. Onder meer zal bekeken worden welke vormen van toezicht er voortvloeien uit de Wft, en of de rechtsbijstandverzekeraar onder de reikwijdte van deze wet valt.

Vervolgens zal in hoofdstuk 6 het vernieuwde toezichtsregime inzake de vergunningplicht op grond van de Wft uiteen worden gezet. Nadat de Europese richtlijn inhoudelijk is onderzocht en bekeken is hoe deze in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd, worden achtereenvolgens de verschillende toezichtregimes die hieruit voortvloeien behandeld. Hieruit zal blijken of Recht Direct op enigerlei wijze een vergunningplicht kan omzeilen.

Tot slot worden in het zevende en laatste hoofdstuk de conclusies geformuleerd die uit bovenstaande hoofdstukken kunnen worden getrokken. Op die manier is getracht een concreet en afgebakend antwoord te geven op de centrale vraag, en de doelstelling zo nauwkeurig mogelijk te realiseren. Dienaangaande zullen tevens aanbevelingen worden gedaan, welke kunnen worden gedestilleerd uit de getrokken conclusies.

2 Het recht op vrije advocaatkeuze nader belicht

In dit hoofdstuk zal kennis worden gemaakt met het recht op de vrije advocaatkeuze. Om hier een goed beeld van te krijgen, is het noodzakelijk om dit recht in een breed kader te bekijken. Dit hoofdstuk is opgebouwd middels een gelaagde structuur, om zodoende de verschillende aspecten die met de vrije advocaatkeuze samenhangen te bekijken.

Allereerst zal de verzekeringsovereenkomst worden behandeld. Deze overeenkomst wordt geregeld in titel 17 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), inzake de bijzondere overeenkomsten. Vanaf daar zullen achtereenvolgens steeds specifiekere onderwerpen worden behandeld. Zo zal worden onderzocht wat een rechtsbijstandverzekeraar exact is en wat zijn rol is in dit kader. Voorts zal de vrije advocaatkeuze op zichzelf worden bekeken. De grondslag hiervoor, in de vorm van een Europese richtlijn², komt aan de orde, alsmede de Wft. Tot slot zal de meest relevante jurisprudentie inzake dit onderwerp worden bekeken.

2.1 De verzekeringsovereenkomst

Om uiteindelijk tot een helder en duidelijk beeld van het recht op vrije advocaatkeuze te kunnen komen, is het van belang dat begonnen wordt met een korte uiteenzetting van de verzekeringsovereenkomst. Deze vorm van overeenkomst zal slechts summier worden besproken, daar een diepere inhoudelijke behandeling niet noodzakelijk is om het doel van het onderzoek te bereiken.

Het begrip verzekering is uitgewerkt in artikel (hierna: art.) 7:925 lid 1 BW. Deze begripsbepaling luidt als volgt:

“Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der voor partijen geen zekerheid bestaat dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.”

Zoals wellicht opvalt, is de definitie zeer ruim opgesteld. De bedoeling hiervan is geweest dat de uiteindelijke grenzen van de verzekeringsovereenkomst worden getrokken door de rechtspraak.³ Voorts wordt duidelijk dat de wet twee soorten verzekering onderscheidt: de schade- en de sommenverzekering. Hierbij strekt schadeverzekering tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden⁴, terwijl het bij een sommenverzekering onbelangrijk is of en in hoeverre er met de uitkering schade wordt vergoed. De sommenverzekering is slechts toegelaten bij persoonsverzekering, of bij een verzekering die als zodanig is aangewezen krachtens een algemene maatregel van bestuur.⁵ Een persoonsverzekering is de verzekering die het leven of de gezondheid van de mens betreft.⁶ Uit bovenstaande kan reeds gededuceerd worden dat dit onderzoek zich toe zal spitsen op de schadeverzekering, en de sommenverzekering buiten beschouwing wordt gelaten.

Kort en simpel gezegd komt bovenstaande erop neer dat de verzekeringnemer (hierna ook wel “de verzekerde” genoemd) een bepaalde premie aan de verzekeraar betaalt, die op zijn

² Richtlijn 87/344/EEG.

³ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 6.

⁴ Artikel 7:944 BW.

⁵ Artikel 7:964 BW.

⁶ Artikel 7:925 lid 2 BW.

beurt een bepaald onzeker risico voor de verzekeringnemer afdekt. Overigens zijn de begrippen verzekeringnemer en verzekerde niet één op één inwisselbaar, daar de verzekeringnemer degene is die de verzekering afsluit, en de verzekerde de persoon is die uit hoofde van deze overeenkomst verzekerd is. Deze begrippen kunnen in persoon dus van elkaar verschillen, zoals bij een levensverzekering in de regel het geval is. In het navolgende wordt er echter telkens vanuit gegaan dat de verzekeringnemer ook de verzekerde is⁷, en zullen deze begrippen derhalve door elkaar worden gehanteerd.

Uit bovenstaande kan worden gedestilleerd dat de definitie van verzekering uit drie elementen bestaat: premie, uitkering en onzekerheid.

2.1.1 Premie

De aanduiding “premie” omvat in elk geval een vast bedrag, bij schadeverzekering veelal in een percentage van de verzekerde som uitgedrukt, dat de verzekeringnemer aan de verzekeraar betaalt.⁸ Deze betaling betreft de hoofdverplichting van de verzekeringnemer.

2.1.2 Uitkering

Het doen van een of meer uitkeringen, waartoe de verzekeraar zich jegens de verzekerde verbindt, is de hoofdverplichting van de verzekeraar krachtens de verzekeringsovereenkomst. Dit neemt niet weg dat de daartoe gerechtigde een derde kan zijn. Het begrip “uitkering” is overigens niet beperkt tot het doen van een uitkering in geld, aldus art. 7:926 lid 1 BW. Een verzekeraar kan immers ook het verrichten van diensten op zich nemen, zoals het vernieuwen van gebroken ruiten of het verlenen van rechtsbijstand.⁹

2.1.3 Onzekerheid

Uit het artikel volgt tevens dat alleen de risico's waarover onzekerheid bestaat, verzekeraar zijn. De verzekeringsovereenkomst is daarmee een kansovereenkomst¹⁰: men kan zich immers niet verzekeren tegen schade die al bekend is of waarvan zeker is dat deze zich in de toekomst zal openbaren. Het element van onzekerheid dat hiermee onlosmakelijk is verbonden, kan in vier opzichten bestaan: óf de verzekeraar ooit een uitkering verschuldigd zal worden, wanneer dat dan het geval kan zijn, hoeveel de eventuele uitkering zal bedragen en wat de duur van de door de verzekeringnemer verschuldigde periodieke premiebetaling zal zijn.¹¹

2.2 De polis

Wanneer tussen partijen – de verzekeraar en de verzekerde – wilsovereenstemming bestaat inzake de verzekering, is er sprake van een verzekeringsovereenkomst. De verzekeraar geeft vervolgens zo spoedig mogelijk een akte, de polis genaamd, af, waarin deze overeenkomst is vastgelegd.¹² Uit de polis dient met voldoende precisie de inhoud van de overeenkomst te kunnen worden opgemaakt.¹³

De polis is geen constitutief vereiste voor de verzekeringsovereenkomst, maar is wel van belang als bewijsmiddel daarvan. Slechts in bepaalde gevallen, wanneer de aard van de overeenkomst afwijkend gebruik rechtvaardigt (zoals bij een kortlopende

⁷ Bij de rechtsbijstandverzekering is de verzekeringnemer immers ook de verzekerde.

⁸ N. van Tiggele-van der Velde e.a. 2014, p. 4.

⁹ N. van Tiggele-van der Velde e.a. 2014, p. 5.

¹⁰ Dit begrip staat niet meer in de wet en zal derhalve inhoudelijk buiten beschouwing worden gelaten.

¹¹ N. van Tiggele-van der Velde e.a. 2014, p. 4.

¹² Artikel 7:932 lid 1 BW.

¹³ *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, nr. B, p.8.

transportverzekering) en de verzekeringnemer bij afgifte van de polis geen belang heeft, kan de polis in zijn geheel achterwege blijven.¹⁴

2.3 De meldings- en inlichtingenplicht

Wanneer de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde van de verwezenlijking van het risico op de hoogte is (of dit behoort te zijn), is hij verplicht dit zo snel als mogelijk bij de verzekeraar te melden.¹⁵ Daarbij zijn de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde verplicht om binnen een redelijke termijn de verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen welke voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen.¹⁶ Deze meldings- en inlichtingenplicht van de verzekeringnemer is ook voor hemzelf van belang, daar een schending hiervan kan worden gezien als een toerekenbare tekortkoming als bedoeld in art. 6:74 BW.¹⁷ Inzake de meldings- en inlichtingenplicht kan veel worden gezegd en geschreven. Een uitgebreide uiteenzetting hiervan gaat echter het doel van deze scriptie voorbij en de omvang ervan te buiten.

2.4 De rechtsbijstandverzekering

De bepalingen inzake de verzekering in het algemeen, uiteengezet in bovenstaande paragraaf, dienen slechts ter inleiding van een meer specifieke vorm van verzekering; de rechtsbijstandverzekering. Bij deze vorm van assurantie betaalt de verzekerde een premie aan de verzekeraar, waarbij laatstgenoemde als tegenprestatie de kosten van de rechtsbijstand betaalt die verzekerde in de toekomst eventueel nodig heeft. Ook hier komen de drie elementen van verzekeren weer terug: de premie die wordt betaald aan de verzekeraar, een uitkering in de vorm van (vergoeding van) juridische bijstand en de onzekerheid die bestaat omtrent het al dan niet intreden van het verzekerde risico van een juridisch geschil.

Wanneer de voor rechtsbijstand verzekerde terecht komt in zo'n juridisch geschil, dient de verzekerde dit geschil aan te melden bij zijn of haar rechtsbijstandverzekeraar.¹⁸ Deze neemt de zaak vervolgens in behandeling, mits de zaak onder de dekking van de polis valt. Of dit zo is, is afhankelijk van wat er in de polisvoorwaarden is opgenomen, en voor welke modules de verzekerde zich heeft verzekerd. Valt het geschil van de verzekerde onder de dekking die de polis haar biedt, dan wordt de zaak in behandeling genomen. De kosten hiervan komen in beginsel voor rekening van de verzekeraar. Hierbij dient te worden aangemerkt dat verzekerden vaak een eigen risico dienen te betalen, een bedrag dat voor eigen risico van de verzekerde blijft. De verzekering keert derhalve ook pas uit wanneer de schade boven dit bedrag uitkomt. Daarnaast hanteren veel rechtsbijstandverzekeraars een kostenmaximum. De kosten die boven dit maximum uitstijgen, zijn dan voor rekening van de verzekerde. Meer hierover zal duidelijk worden in hoofdstuk 3.

2.5 Het recht op vrije advocaatkeuze

De laatste jaren bestaat er behoorlijk wat consternatie in de verzekeringsbranche, met name waar het gaat om de rechtsbijstandverzekering. De aanleiding hiervoor ligt besloten in een recht dat voor sommige verzekerden ontstaat uit hoofde van de rechtsbijstandverzekering: het recht op vrije advocaatkeuze. Dit recht, dat ligt besloten in de eerder genoemde richtlijn

¹⁴ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p.13.

¹⁵ Artikel 7:941 lid 1 BW.

¹⁶ Artikel 7:941 lid 2 BW.

¹⁷ N. van Tiggele-van der Velde e.a. 2014, p. 42.

¹⁸ Zie hiervoor paragraaf 2.3.

van de Europese Raad¹⁹ en in ons nationaal recht is gecodificeerd in de Wft, houdt – kort gezegd – het volgende in: wanneer de verzekerde een beroep doet op zijn of haar rechtsbijstandverzekering inzake een juridisch geschil, kan het zo zijn dat dit geschil uitmondt in een gerechtelijke of administratieve procedure. In dat geval brengt het recht op vrije advocaatkeuze met zich mee dat de verzekerde zelf zijn of haar rechtshulpverlener mag kiezen.

2.5.1 Richtlijn 87/344/EEG

Op 22 juni 1987 heeft de Raad van de Europese Unie (toentertijd nog de Raad van de Europese Gemeenschappen genaamd) een richtlijn vastgesteld tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering. Reeds in de considerans wordt duidelijk dat de richtlijn het belang voor de verzekerde om zelf zijn of haar advocaat te kunnen kiezen centraal stelt:²⁰

“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.”

De concrete codificatie van het recht op vrije advocaatkeuze vindt echter plaats in artikel 4 lid 1 van Richtlijn 87/344/EEG. Het artikel luidt als volgt:

“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.

2. Onder “advocaat” wordt verstaan ieder die gerechtigd is zijn beroepswerkzaamheden uit te oefenen onder een van de benamingen bedoeld in Richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten.”

Bovenstaand artikel is de basis van het recht op vrije advocaatkeuze. Het bepaalt – kort gezegd – dat in de verzekeringsovereenkomst (polis) dient te worden opgenomen dat een verzekerde vrij is om zijn of haar advocaat te kiezen wanneer de verzekerde verwikkeld is in een gerechtelijke of administratieve procedure. Wordt er door een verzekerde dus een geschil aangemeld dat onder de dekking van de verzekering valt, en dient er ten behoeve van dit geschil een gerechtelijke of administratieve procedure te worden gevoerd, dan mag de verzekerde zelf zijn of haar advocaat²¹ kiezen.

Daarnaast dient het een voor rechtsbijstand verzekerde vrij te staan om zijn of haar advocaat te kiezen wanneer er sprake is van een belangenconflict. Van een belangenconflict is sprake wanneer de verzekeraar ieder van de betrokken partijen bij een juridisch geschil heeft verzekerd of indien die partijen een beroep doen op hetzelfde juridisch zelfstandig schaderegelingkantoor. Wanneer zich een dergelijk conflict voordoet, dan mag de

¹⁹ Richtlijn 87/344/EEG.

²⁰ HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7507.

²¹ In de richtlijn wordt tevens gesproken over een “ander person die volgens nationaal recht gekwalificeerd is”. Wanneer er wordt gesproken over de vrije keuze van “een advocaat” worden derhalve voor het gemak ook steeds de andere gekwalificeerden (zoals een gemachtigde bij de kantonrechter) bedoeld.

verzekerde zich wenden tot een zelf gekozen advocaat, zelfs als er (nog) geen sprake is van een gerechtelijke of administratieve procedure.²²

2.5.1.2 De Wet op het financieel toezicht

Art. 4 lid 1 sub a van Richtlijn 87/344/EEG is in de nationale wetgeving geïmplementeerd in art. 4:67 lid 1 van de Wft, welke op 1 januari 2007 in werking is getreden. Tot 1 januari 2015 luidde het artikel als volgt:

“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 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.

2. Dit artikel is niet van toepassing op rechtsbijstandverzekeraars die toepassing hebben gegeven aan artikel 4:65, eerste lid, onderdeel c, of 4:65, tweede lid, onderdeel b.”

Opmerking verdient hierbij dat lid 2 van bovenstaande bepaling bepaalt dat het artikel niet geldt voor rechtsbijstandverzekeraars die uitsluitend als juridische kostenverzekeraars fungeren, en derhalve zelf geen rechtsbijstand verlenen. Deze “ontheffing” vloeit voort uit het feit dat in dat geval de verzekerde direct een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige naar keuze in kan schakelen, en van een belangenconflict vanzelfsprekend geen sprake kan zijn.²³

2.5.2 Jurisprudentie

Om een beter beeld te schetsen van het recht op vrije advocaatkeuze en de discussies die hieromtrent (hebben) bestaan, zal in het navolgende een aantal arresten van het Europese Hof van Justitie, de hoogste rechterlijke instantie van de Europese Unie, worden behandeld, daar deze arresten grote gevolgen hebben gehad voor het recht op vrije advocaatkeuze in alle aangesloten lidstaten. De verschillende arresten²⁴ zullen in chronologische volgorde worden behandeld. Begonnen zal worden met een arrest van het HvJ uit 2009 dat kan worden gezien als de aanleiding van de discussie inzake de vrije advocaatkeuze. Vervolgens komen nog twee belangrijke arresten van het HvJ aan de orde.

2.5.2.1 Het Eschig-arrest (2009)²⁵

Gesteld kan worden dat de handelwijze van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars inzake het recht op vrije advocaatkeuze voor het eerst in het geding is gekomen in een arrest van het Europese Hof van Justitie uit 2009, het zogenaamde Eschig-arrest. In deze massaschadezaak, welke aanvankelijk speelde voor het Oostenrijkse “Oberste Gerichtshof” maar uiteindelijk terecht kwam bij het Europese Hof van Justitie, speelde in het kort het volgende.

Eschig, een Oostenrijks staatsburger, had bij UNIQA een rechtsbijstandverzekering afgesloten. Daarbij had Eschig, evenals enkele duizenden andere beleggers (van wie een deel ook bij UNIQA was verzekerd) geld belegd bij enkele beleggingsmaatschappijen, welke na enige tijd insolvent zijn geworden. Eschig heeft naar aanleiding van dit faillissement een

²² Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 541.

²³ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 541.

²⁴ Naast de arresten van het HvJ worden ook de Nederlandse uitspraken die hiermee samenhangen behandeld.

²⁵ HvJ EU 10 september 2009, nr. C-199/08, NJ 2009, 539 (Eschig/UNIQA).

advocatenkantoor opdracht gegeven hem onder meer bij te staan in de ingeleide faillissementsprocedure tegen deze beleggingsmaatschappijen.

Vervolgens verzocht Eschig UNIQA om de toezegging dat het optreden van zijn advocaten in het verleden en in de toekomst onder de dekking van zijn rechtsbijstandverzekering viel, hetgeen door UNIQA werd afgewezen. UNIQA beriep zich op een artikel in de algemene bepalingen, waarin onder meer stond dat UNIQA in geval van massaschades zijn prestatie mocht beperken tot het voeren van noodzakelijke proefprocessen door zelf gekozen advocaten. Op die manier wilde UNIQA zich het recht voorbehouden zelf de advocaat te kiezen voor de gedupeerde verzekerden²⁶.

De zaak kwam uiteindelijk bij het Oberste Gerichtshof terecht, welke – vereenvoudigd – de volgende prejudiciële vraag stelde aan het Europese Hof: *Mag een rechtsbijstandverzekeraar in de algemene voorwaarden een bepaling opnemen die bepaalt dat in geval van een massaschade (zoals de insolventie van een onderneming die beleggingsdiensten verricht) de verzekeraar gerechtigd is de rechtshulpverlener te kiezen?*

Het HvJ oordeelde daarop dat een groot aantal mensen die op dezelfde wijze schade berokkenen, geen nieuw fenomeen is zoals UNIQA stelt. Ook wanneer nieuwe omstandigheden binnen de lidstaten zouden leiden tot een verveelvoudiging van het aantal beroepen op massaschade, kunnen deze omstandigheden het recht op een vrije advocaatkeuze niet beperken. Voorts werd geoordeeld dat de lidstaten hun bevoegdheden inzake het vaststellen van op rechtsbijstandpolissen van toepassing zijnde regelingen, moeten uitoefenen met inachtneming van art. 4 van Richtlijn 87/344/EEG, en dat laatstgenoemde regeling een algemene strekking en bindend karakter heeft. Het HvJ antwoordde derhalve uiteindelijk dat de rechtsbijstandverzekeraar zich niet het recht kan voorbehouden om zelf een advocaat voor alle betrokken verzekerden te kiezen wanneer een groot aantal verzekeringnemers schade lijdt door eenzelfde feit.

2.5.2.2 Het Stark-arrest (2011)²⁷

Een kleine anderhalf jaar na het Eschig-arrest is door het Europese Hof een tweede belangrijk arrest gewezen inzake de vrije advocaatkeuze. In onderhavige zaak speelde het volgende.

Stark was sinds 1997 voor rechtsbijstand verzekerd bij DAS Rechtsbijstand (hierna te noemen: DAS). In de voorwaarden van DAS was opgenomen dat de verzekerde weliswaar het recht op vrije advocaatkeuze had, maar dat dit recht enkel betrekking heeft op personen “die kantoor houden in de plaats van de gerechtelijke of administratieve instantie die in eerste aanleg bevoegd is voor de te voeren procedure”. Op 24 maart 2006 heeft Stark een rechtsvordering ingesteld bij de rechtbank in Wenen tegen zijn voormalig werkgever. Stark en zijn zelf gekozen advocaat woonden in Landeck, zo’n 600 kilometer van Wenen vandaan. DAS heeft derhalve gesteld dat de kosten van de procedure zouden worden gedekt, met dien verstande dat deze dekking werd beperkt tot de kosten die normaal worden gerekend door een in Wenen wonende advocaat.

In 2009 is DAS een procedure begonnen tegen Stark om hem te doen veroordelen tot betaling van een verschuldigde premie. Stark was echter van mening dat de beperking van

²⁶ ‘Vrije advocaatkeuze beperkt of uitgebreid?’, www.gca.nl (zoek op: vrije advocaatkeuze).

²⁷ HvJ EU 26 mei 2011, zaaknummer C-293/10 (Stark).

zijn recht op vrije advocaatkeuze zoals deze door DAS in de polisvoorwaarden was opgenomen, onrechtmatig was. De zaak is uiteindelijk bij het Landesgericht Innsbruck terecht gekomen, die het HvJ de volgende prejudiciële vraag heeft gesteld:

Mag een rechtsbijstandverzekeraar in de verzekeringsovereenkomst opnemen dat de verzekeringnemer voor zijn vertegenwoordiging in een gerechtelijke of administratieve procedure enkel een advocaat mag kiezen die kantoor houdt in de plaats van de gerechtelijke of administratieve instantie die in eerste aanleg bevoegd is voor de te voeren procedure?

Het HvJ oordeelde dat het in beginsel is toegestaan dat rechtsbijstandverzekeraars een bepaling in de verzekeringsovereenkomst opnemen waarin staat dat de verzekerde een advocaat mag kiezen die gevestigd is in de plaats waar de procedure in eerste aanleg plaatsvindt. Het HvJ was echter tevens van mening dat de vrije advocaatkeuze van de verzekerde niet van haar inhoud mocht worden beroofd. De beperking is volgens het HvJ slechts toegestaan wanneer deze betrekking heeft op de reikwijdte van de dekking van de kosten van de bijstand van de advocaat. Het daadwerkelijke recht op de vrije keuze van een advocaat mag derhalve niet worden aangetast. Daarbij moet de werkelijk betaalde vergoeding toereikend zijn geweest. Deze aspecten dienen door de nationale rechter te worden getoetst, aldus het HvJ.

2.5.2.3 Sneller/DAS Rechtsbijstand (2013)²⁸

Op 7 november 2013 is door het Europese Hof van Justitie nog een belangrijk arrest gewezen inzake het recht op vrije advocaatkeuze. In deze zaak ging het onder meer over de beoordeling van het moment van inschakelen van de advocaat. Lang ging men er immers ervan uit dat dit ter beoordeling stond van de verzekeraar.²⁹ Hier wordt in onderhavig arrest nader op ingegaan. In het navolgende zal zowel de aanloop naar het arrest als de uitspraak zelf worden behandeld.

In bovenstaand arrest ging het om de heer Sneller, voor rechtsbijstand verzekerd bij Reaal Schadeverzekeringen N.V. Hierbij trad DAS op als uitvoerende instantie.³⁰ Sneller kreeg een arbeidsrechtelijk conflict met zijn werkgever, die hem naar eigen zeggen onredelijk had ontslagen. Sneller wilde in de procedure worden bijgestaan door een advocaat naar zijn keuze. DAS daarentegen was van mening dat de polis van de heer Sneller hiervoor geen dekking bood, en wilde de belangen van Sneller laten vertegenwoordigen door een eigen medewerker. Sneller vorderde vervolgens bij de rechtbank dat DAS werd veroordeeld tot het betalen van de advocaatkosten die hij – ondanks het standpunt van DAS – toch had gemaakt. De rechtbank wees de vordering van Sneller af³¹, waarna ook het Gerechtshof in Amsterdam DAS in het gelijk stelde³². Derhalve kwam de zaak bij de Hoge Raad terecht. Deze oordeelde dat er sprake was van een kwestie van dergelijk evident maatschappelijk belang, dat het stellen van vragen aan het Europese Hof van Justitie gerechtvaardigd was³³. De Hoge Raad stelde, kort gezegd, de volgende prejudiciële vragen:

1. Mag een rechtsbijstandverzekeraar, die in haar polisvoorwaarden bedingt dat rechtsbijstand in gerechtelijke en administratieve procedures in beginsel wordt verleend door eigen werknemers, daarbij ook bedingen dat de kosten van een door

²⁸ HvJ EU 13 november 2013, zaaknummer C-442/12 (Sneller/DAS).

²⁹ *Kamerstukken II* 1988/98, 21 076, nr. 3, p. 4.

³⁰ Veel verzekeringsmaatschappijen besteden de uitvoering van de polisdekking over aan een gespecialiseerde derde, in dit geval dus DAS Rechtsbijstand.

³¹ Rb. Amsterdam (vzr.) 8 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR7547.

³² Hof Amsterdam 26 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5339.

³³ HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7507.

de verzekerde vrij gekozen advocaat slechts worden vergoed wanneer de verzekeraar van mening is dat de zaak aan een externe rechtshulpverlener moet worden uitbesteed?

2. Maakt het voor de beantwoording van de eerste vraag verschil of er voor de betreffende procedure rechtsbijstand wel of niet verplicht is?

Op 7 november 2013 deed het HvJ hieromtrent uitspraak. Inzake de eerste vraag was het HvJ van mening dat een restrictieve uitleg van art. 4 lid 1 sub a van Richtlijn 87/344 niet kan worden aanvaard. Hiervoor werden verschillende redenen aangevoerd.

In de eerste plaats was het HvJ van mening dat voor de uitleg van bepalingen van Unierecht niet enkel moet worden gekeken naar de bewoordingen, maar ook naar de context en de doelstellingen van de regeling waarvan deze deel uitmaken. Uit bovenstaand artikel alsmede uit de elfde overweging van de considerans blijkt volgens het HvJ dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze in een gerechtelijke dan wel administratieve procedure zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen. Daarnaast overwoog het HvJ dat de doelstelling die voor Richtlijn 87/344 wordt nagestreefd – de belangen van verzekerden ruim beschermen – niet verenigbaar is met de zienswijze van DAS, en dat art. 4 lid 1 sub a van de richtlijn een algemene strekking en een bindend karakter heeft (zie hiervoor ook het Eschig-arrest³⁴). Tot slot merkte het HvJ op dat verzekeraars in bepaalde gevallen wel beperkingen kunnen opleggen omtrent de kosten die worden vergoed, mits de verzekerde een redelijke keuze overhoudt voor wat betreft zijn advocaat. Uiteindelijk oordeelde het HvJ dat verzekeraars niet in de voorwaarden op mogen nemen dat kosten van een vrij gekozen advocaat slechts worden vergoed indien de verzekeraar van mening is dat de behandeling van de zaak aan een externe advocaat moet worden uitbesteed.

Op de tweede vraag antwoordde het HvJ dat het voor de beantwoording van de eerste vraag geen verschil maakt of het procesmonopolie bepaalt dat rechtsbijstand voor de desbetreffende gerechtelijke of administratieve procedure naar nationaal recht verplicht is. Enerzijds omdat de vrije advocaatkeuze een algemene strekking en een bindend karakter heeft, en anderzijds omdat Richtlijn 87/344/EEG het bestaan en de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze niet afhankelijk stelt van nationale regels. Derhalve kunnen nationale regels niet van invloed zijn op de beantwoording van de eerste vraag, aldus het HvJ.

Als gevolg van het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2014³⁵ is het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam³⁶ vernietigd en het geding verwezen naar het gerechtshof in Den Haag. Dit heeft tevens tot gevolg gehad dat met ingang van 1 januari 2015 art. 4:67 Wft is gewijzigd. De bepaling luidt sindsdien als volgt:

“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. indien zich een belangenconflict voordoet.”
-

³⁴ HvJ EU 10 september 2009, nr. C-199/08, NJ 2009, 539 (Eschig/UNIQA).

³⁵ HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:396.

³⁶ Hof Amsterdam 26 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5339.

2.5.3.4 Het begrip “administratieve procedure” van art. 4 van Richtlijn 87/344/EEG

Tot slot verdient het opmerking dat zowel de Hoge Raad³⁷ als het Amsterdamse Gerechtshof³⁸ in een arrest prejudiciële vragen hebben gesteld aan het Europese Hof van Justitie inzake de reikwijdte van het begrip “administratieve procedure”. De Hoge Raad stelde de vraag of een ontslagprocedure bij het UWV moet worden aangemerkt als een administratieve procedure in de zin van art. 4 lid 1, aanhef en onder a van Richtlijn 87/344/EEG. Het Amsterdamse Gerechtshof stelde op haar beurt de vraag of de fase van bezwaar bij het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) onder de reikwijdte van ditzelfde begrip valt. Daar het Europese Hof inzake beide vragen nog geen arrest heeft gewezen, zal dit onderwerp in deze scriptie buiten beschouwing worden gelaten.

2.6 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de behandelde onderwerpen nog behoorlijk wat ruimte overlaten voor de rechterlijke interpretatie, en dat de vertaalslag van de wet naar de praktijk niet zo makkelijk is als die op het eerste gezicht lijkt. Zo is de wetsbepaling omtrent de verzekeringsovereenkomst erg ruim geformuleerd, zodat de uiteindelijke grenzen van deze overeenkomst uiteindelijk worden bepaald door de rechtspraak. De exacte invulling van het begrip verzekering is derhalve in grote mate afhankelijk van (toekomstige) rechterlijke uitspraken.

Hetzelfde geldt, zij het in nog grotere mate, voor het recht op vrije advocaatkeuze, een van oorsprong Europees recht dat onlosmakelijk verbonden is met de rechtsbijstandverzekering. Ook hieromtrent kan geconcludeerd worden dat de omschrijving van dit recht, zoals door de Raad van de Europese Unie geformuleerd, voldoende ruimte laat voor discussie. Dientengevolge is het reeds meerdere malen voorgekomen dat deze discussiepunten hebben geleid tot een gerechtelijke procedure. Verschillende procedures zijn zelfs tot aan het Europese Hof van Justitie gevoerd.

Onder meer door deze uitspraken van het HvJ is het recht op vrije advocaatkeuze verder vormgegeven. De betreffende arresten hebben de discussie omtrent het recht op vrije advocaatkeuze echter nog niet doen verstommen. Inmiddels lopen er opnieuw twee gerechtelijke procedures die, via het gerechtshof en de Hoge Raad, terecht zijn gekomen bij het HvJ. Derhalve kan geconcludeerd worden dat art. 4 lid 1 van Richtlijn 87/344 nog steeds geen vastomlijnd juridisch kader heeft, en de (Europese) rechtspraak ook in de toekomst nodig zal zijn om de vertaalslag naar de praktijk verder in te kleuren.

³⁷ HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901.

³⁸ Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5790.

3 De gevolgen voor de polisvoorwaarden

In hoofdstuk 2 heeft een kennismaking plaatsgevonden met het recht op vrije advocaatkeuze. Deze louter juridische uiteenzetting laat echter niet zien hoe de rechtsbijstandverzekeraars in de praktijk met dit recht omgaan of omgingen. De arresten uit paragraaf 2.5.2 geven weliswaar een indicatie van de discussie hieromtrent, het laat niet zien hoe de rechtsbijstandverzekeraars de vrije advocaatkeuze interpreteren en hoe dit in de praktijk tot uiting komt. Om dit laatste toch te bewerkstelligen worden in het navolgende de polisvoorwaarden van drie grote verzekeraars, Stichting Achmea Rechtsbijstand (hierna: SAR), DAS en ARAG Rechtsbijstand (hierna: ARAG), onderzocht. Enerzijds zal bekeken worden wat de polisvoorwaarden bepaalden inzake de vrije advocaatkeuze vóór de uitspraak van het Europese Hof. Anderzijds zal bekeken worden welke wijzigingen de verzekeraars hierin hebben doorgevoerd naar aanleiding van de uitspraak.

3.1 De vrije advocaatkeuze in de praktijk

Art. 4 lid 1 van de Richtlijn 87/344/EEG lijkt wellicht voor velen op het eerste gezicht een artikel waar weinig spelingsruimte in zit. Heb je een rechtsbijstandverzekering en kom je in een administratieve dan wel gerechtelijke procedure terecht, dan mag je je eigen advocaat kiezen, klaar. De jurisprudentie die is behandeld in het vorige hoofdstuk laat echter zien dat niets minder waar is. Het is bij uitstek een artikel gebleken dat wel degelijk multi-interpretabel is.

Dit komt met name door de belangen die partijen (verzekeraar en verzekerde) hebben bij een bepaalde interpretatie van dit recht. De verzekeraar heeft er vanzelfsprekend belang bij de vrije advocaatkeuze te beperken, aangezien een interne behandeling van de zaak een stuk voordeliger is dan het uitbesteden aan een externe advocaat. De verzekerde heeft er echter belang bij dat zijn zaak zo goed mogelijk wordt behandeld, en wil zodoende in zo veel mogelijk gevallen het recht op het kiezen van een advocaat in stand houden.

Om voor ogen te krijgen op welke manieren verzekeraars trachten aan hun eigen belangen tegemoet te komen, zijn de polisvoorwaarden van drie grote rechtsbijstandverzekeraars in Nederland, SAR, DAS en ARAG, doorgelicht. Uit deze voorwaarden vallen immers de beperkingen op te maken die de verzekeraars aan hun klanten hebben opgelegd. Van deze drie verzekeraars zullen zowel de oude als de nieuwe polisvoorwaarden worden bekeken, om zo een beeld te krijgen van de wijzigingen die zijn doorgevoerd naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof (zie hiervoor paragraaf 2.3.2.3)³⁹. Overigens wordt er steeds enkel ingegaan op de externe kosten⁴⁰ die door de verzekeraars worden vergoed, daar de polisvoorwaarden van alle verzekeraars steeds bepalen dat interne kosten volledig worden vergoed.

3.1.1 Stichting Achmea Rechtsbijstand

SAR is de onafhankelijk uitvoerder van de rechtsbijstandverzekeringen van Centraal Beheer Achmea, Interpolis, FBTO en Avéro Achmea. Hoewel deze verzekeraars allen eigen algemene voorwaarden hebben, zijn deze allen inhoudelijk geüniformeerd. Enkel de

³⁹ Met de "oude" voorwaarden worden steeds de polisvoorwaarden bedoeld die werden gehanteerd vóór de Sneller/DAS uitspraak. De nieuwe voorwaarden zijn de voorwaarden zoals deze tijdens het schrijven van dit onderzoek gelden.

⁴⁰ Kosten die geen verband houden met het door eigen medewerkers laten behandelen van een geschil.

polisvoorwaarden van FBTO en Interpolis wijken op één punt af van de standaard. Hierop zal verderop kort worden ingegaan.

3.1.1.1 De oude polisvoorwaarden van SAR (2012)⁴¹

De oude voorwaarden van SAR beperkten de reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze op twee manieren. Van een vrije keuze was in de volgende gevallen slechts sprake:

1. Er was sprake van een belangenconflict.⁴²
2. In geval SAR van mening was dat er een gerechtelijke of administratieve procedure gevoerd moest worden.

Hierbij werd uitdrukkelijk bepaald dat alléén SAR bevoegd was om een opdracht aan een externe advocaat te verstrekken. Het was de verzekerde niet toegestaan om zelf de advocaat in te schakelen. Nadat de verzekerde had gekozen voor een externe advocaat, was het deze niet meer toegestaan om van advocaat te wijzigen of terug te keren bij een medewerker van SAR.

Daarnaast legde SAR haar verzekeraars enkele financiële beperkingen op. Om te beginnen werden slechts kosten betaald voor zover deze in het algemeen als gebruikelijk konden worden beschouwd. Daarbij bestond er een kostenmaximum voor de zelf gekozen advocaat. SAR vergoedde een externe advocaat slechts tot € 30.000 per gebeurtenis indien de advocaat verplicht was op grond van het procesmonopolie. Was dit echter niet het geval maar werd er op verzoek van de verzekerde toch een externe advocaat ingeschakeld, dan werd er tot een maximum van € 8.000 vergoed.

3.1.1.2 De huidige polisvoorwaarden van SAR⁴³

De huidige voorwaarden van SAR bevatten nog steeds twee beperkingen van de reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze:

1. Er dient sprake te zijn van een belangenconflict.
2. SAR dient van mening te zijn dat er een gerechtelijke of administratieve procedure gevoerd moet worden.

Nog steeds is SAR degene die de externe advocaat inschakelt; de verzekerde is dit niet toegestaan.

Daarnaast bepalen de polisvoorwaarden dat er enkele kostenmaxima worden gehanteerd. Allereerst vergoedt SAR enkel de “redelijke kosten”. De externe kosten worden in beginsel vergoed tot maximaal € 50.000. Enkel de voorwaarden van FBTO bepalen dat dit maximum €30.000 is. Daarnaast heeft Interpolis in de volgende gevallen de dekking van de extra kosten beperkt tot €12.500 per gebeurtenis:

- als er sprake is van een geschil waarin de verzekerde is betrokken als statutair bestuurder van een vennootschap;
- als het gaat om rechtsbijstand buiten Europa met uitzondering van de landen grenzend aan de Middellandse Zee;
- bij geschillen die zijn gedekt onder de module Fiscaal en Vermogen.

⁴¹ De polisvoorwaarden golden vóór 25-06-2012.

⁴² Inzake een conflict zijn zowel de verzekerde als de wederpartij verzekerd bij dezelfde verzekeraar, en beide partijen verzoeken deze verzekeraar om hen juridische bijstand te verlenen.

⁴³ “Polisvoorwaarden”, www.achmearechtsbijstand.nl (zoek op: polisvoorwaarden).

Wanneer er sprake is van een procedure waarbij vertegenwoordiging door een advocaat niet wettelijk verplicht is, en de verzekerde toch kiest voor een externe advocaat, dan vergoedt SAR slechts € 8.000 per gebeurtenis.

3.1.2 DAS Rechtsbijstand

Een tweede grote rechtsbijstandverzekeraar die lange tijd het recht op vrije advocaatkeuze op verschillende manieren heeft trachten te beperken, is DAS. Om te bekijken op welke manieren zij dit deden, zijn ook hier zowel de oude als de nieuwe algemene voorwaarden onderzocht.

3.2.2.1 De oude polisvoorwaarden van DAS (2012)⁴⁴

De oude algemene voorwaarden van DAS bepaalden dat DAS zelf besliste of het nodig was om een advocaat in te schakelen bij de behandeling van het conflict van de verzekerde. Het was verzekerde in geen situatie toegestaan om zelf een deskundige in te schakelen. Wanneer DAS een deskundige inschakelde, had de verzekerde onder drie omstandigheden het recht deze zelf te kiezen, namelijk wanneer:

1. DAS een advocaat vroeg om de verzekerde te vertegenwoordigen in een gerechtelijke of administratieve procedure, en
2. de wederpartij van de verzekerde tevens bij DAS was verzekerd, en
3. de geschillenregeling wordt toegepast (de juridisch specialist van DAS en de verzekerde verschillen van mening over de zaak).

De voorwaarden bepaalden tevens dat alleen DAS, ook wanneer de verzekerde zelf zijn of haar advocaat mocht kiezen, de opdracht mocht geven aan de advocaat. Daarbij was het de verzekerde niet toegestaan om van advocaat te veranderen tijdens de behandeling van het conflict, en werden er kostenafspraken gemaakt ten behoeve van de inschakeling van externe advocaten. Zo betaalde DAS volgens de voorwaarden enkel de gebruikelijke en redelijke kosten van de advocaten, en nooit meer dan het kostenmaximum. De kostenmaxima staan vermeld in het dekkingsoverzicht van de modules. Voor de Module Basis was dit in nagenoeg alle gevallen €60.000.

3.2.2.2 De huidige polisvoorwaarden van DAS⁴⁵

De huidige algemene voorwaarden van DAS (ingevoerd in 2014) bepalen eveneens dat DAS beslist of het nodig is om een externe deskundige – zoals een rechtshulpverlener – in te schakelen bij de behandeling van het conflict van de verzekerde, en dat de verzekerde deze niet zelf in mag schakelen. Onder de volgende voorwaarden mag een verzekerde bij DAS zijn advocaat zelf kiezen:

1. Als het nodig is om namens de verzekerde een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren;
2. Wanneer de wederpartij van de verzekerde tevens bij DAS is verzekerd;
3. Wanneer de geschillenregeling wordt toegepast (de juridisch specialist van DAS en de verzekerde verschillen van mening over de zaak).

⁴⁴ "Polisvoorwaarden" (12114 / 03-12), www.das.nl (zoek op: Polisvoorwaarden).

⁴⁵ "Polisvoorwaarden" (12114 / 03-2014), www.das.nl (zoek op: Polisvoorwaarden).

Bij de regels inzake het inschakelen van een advocaat is echter wederom bepaald dat DAS beslist of het nodig is om een externe deskundige in te schakelen bij de behandeling van het conflict. Ook heeft DAS enkele beperkingen opgelegd omtrent de te betalen kosten:

1. DAS betaalt de kosten van een advocaat enkel in het geval zij deze zelf heeft ingeschakeld;
2. DAS maakt gebruik van een extern kostenmaximum. Als onderdeel hiervan hanteren zij voor gerechtelijke of administratieve procedures waarvoor geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt, maar op verzoek van de verzekerde een externe advocaat wordt ingeschakeld, een apart maximum. Deze maxima zijn per procedure:
 - Arbeidsrechtelijke procedure € 2.500
 - Bestuursrechtelijke en sociaal-verzekeringsrechtelijke procedure € 3.000
 - Overige procedures € 5.000⁴⁶

Daarbij vergoedt DAS nog steeds enkel de redelijke en noodzakelijke kosten. Tot slot dient de verzekerde een eigen risico te betalen als DAS op verzoek van de verzekerde een externe advocaat inschakelt en er geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. Dit eigen risico bedraagt €250 voor particulieren en € 500 voor de zakelijke verzekeringnemer.

3.1.3 ARAG Rechtsbijstand

Tot slot zijn de algemene voorwaarden die ARAG hanteerde voor de uitspraak van het Europese Hof onder de loep genomen. ARAG maakt gebruik van twee verschillende polissen: de ProRechtPolis en de Flexpolis. Beide polissen zullen worden bekeken.

3.1.3.1 De oude ProRechtPolis (2013)⁴⁷

De oude ProRechtPolis bepaalde dat ARAG zelf de rechtshulp verleende. Slechts in twee gevallen kon de verzekerde zelf een advocaat aanwijzen:

1. Wanneer een advocaat werd verzocht om de verzekerde in een gerechtelijke dan wel administratieve procedure bij te staan. ARAG schakelde deze advocaat alleen in wanneer het procesmonopolie bepaalde dat een advocaat verplicht was in de betreffende procedure.
2. Wanneer zowel de verzekerde als de wederpartij verzekerd was bij ARAG.

In beide gevallen was het de verzekerde niet toegestaan de advocaat zelf in te schakelen. ARAG bepaalde wanneer dit gebeurde.

Volgens de oude ProRechtPolis van ARAG waren de externe kosten (waaronder die van een externe advocaat) vergoed tot een bedrag van € 50.000. Enkel voor Module A (Verkeer) gold geen limiet. De ProRechtPolis kende geen eigen risico.

⁴⁶ Dit geldt niet voor incassoprocedures zonder inhoudelijk verweer. In dat geval betaalt DAS het maximale bedrag dat de advocaat volgens de Regeling salarissen in rolzaken kanton in rekening mag brengen.

⁴⁷ "Voorwaarden ARAG ProRechtPolis®", <https://www.arag.nl/particulier/klantenservice/downloads>.

3.1.3.2 De oude FlexPolis (2013)⁴⁸

Ook de oude FlexPolis bepaalde dat ARAG de rechtshulp verleende. Slechts in twee gevallen kon de verzekerde zelf een advocaat aanwijzen:

1. Wanneer een advocaat werd verzocht om de verzekerde in een gerechtelijke dan wel administratieve procedure bij te staan. ARAG schakelde deze advocaat alleen in wanneer het procesmonopolie bepaalde dat een advocaat verplicht was in de betreffende procedure.
2. Wanneer zowel de verzekerde als de wederpartij verzekerd was bij ARAG.

Ook de FlexPolis bepaalde dat het de verzekerde niet was toegestaan om de advocaat zelf in te schakelen. ARAG bepaalde wanneer dit gebeurde.

In deze polis werden deze externe kosten tot een limiet van € 15.000 vergoed. De FlexPolis kende een eigen risico waarbij de hoogte afhankelijk was van het geschil.

3.1.3.3 De huidige ProRechtPolis⁴⁹

De huidige ProRechtPolis van ARAG bepaalt dat er een maximumbedrag van toepassing is voor externe kosten, waaronder de externe advocaat. Dit bedrag behelst € 40.000 voor gebeurtenissen in Europa en in de niet-Europese landen rond de Middellandse Zee. Daarbuiten is het maximum € 10.000. Is een advocaat echter niet verplicht voor de betreffende procedure, dan geldt er een ander maximum, dat wordt vermeld op de polis, en dient de verzekerde een eigen bijdrage te betalen. Voor de module verkeer geldt geen maximum als de gebeurtenissen in Nederland plaatsvinden.

De bevoegdheid om de externe advocaat zelf te kiezen is beperkt tot twee situaties:

1. Als het nodig is om een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren.
2. Als de wederpartij tevens verzekerd is bij ARAG, en de wederpartij voor hetzelfde conflict hulp van ARAG wil.

Ook de nieuwe ProRechtPolis bepaalt dat enkel ARAG de externe advocaat inschakelt. Daarnaast kun je als verzekerde, wanneer ARAG op verzoek een externe advocaat heeft ingeschakeld, daarna niet meer kiezen voor hulp van een medewerker van ARAG, zelfs niet wanneer de verzekerde een conflict heeft met de externe advocaat.

3.1.3.4 De huidige FlexPolis⁵⁰

Het maximumbedrag van de externe kosten is in de huidige voorwaarden ongewijzigd gebleven, namelijk € 15.000. Dit bedrag geldt voor gebeurtenissen in Europa en in de niet-Europese landen rond de Middellandse zee. In andere landen wordt € 10.000 vergoed. Ook hier geldt voor de module verkeer geen maximumbedrag als de gebeurtenis in Nederland plaatsvindt.

Wanneer er echter geen sprake is van procesmonopolie, maar de verzekerde toch een advocaat wil inschakelen, dan geldt er ook hier een ander maximum, dat vermeld wordt op de polis, en dient de verzekerde een eigen bijdrage te betalen.

⁴⁸ "Voorwaarden ARAG Rechtsbijstand FlexPolis", <https://www.arag.nl/particulier/klantenservice/downloads>.

⁴⁹ "Voorwaarden ARAG ProRechtPolis® Particulier Direct juli 2015", www.arag.nl (zoek op: ProRechtPolis 2015).

⁵⁰ "Voorwaarden ARAG FlexPolis® Particulier juli 2015", www.arag.nl (zoek op: FlexPolis 2015).

De bevoegdheid om de externe advocaat zelf te kiezen is ook hier beperkt tot twee situaties:

1. Als het nodig is om een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren.
2. Als de wederpartij tevens verzekerd is bij ARAG, en de wederpartij voor hetzelfde conflict hulp van ARAG wil.

Wederom is het inschakelen van de advocaat door de verzekerde niet toegestaan, ARAG dient dit zelf te doen. Ook bepaalt de FlexPolis dat er een eigen risico is, waarbij de hoogte afhankelijk is van het geschil. Tot slot geldt: wanneer de verzekerde een externe advocaat heeft ingeschakeld (althans wanneer ARAG dit op zijn verzoek heeft gedaan), dan kan de verzekerde vervolgens niet meer kiezen voor hulp van medewerkers van ARAG. Ook niet wanneer de verzekerde een conflict met de externe advocaat heeft.

Een overzicht van de verschillende voorwaarden is te vinden in bijlage I bij dit rapport.

3.2 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de uitspraak van het Europese Hof (Sneller/DAS) heeft genoopt tot wijzigingen in de polisvoorwaarden van verzekeraars. De interpretatie die deze verzekeraars aanvankelijk gaven aan het recht op vrije advocaatkeuze, heeft middels de uitspraak een knauw gekregen. Vooral de zinsnede “*indien een advocaat (...) wordt gevraagd de belangen van verzekerde (...) te behartigen*” van art. 4 lid 1 sub a van Richtlijn 87/344/EEG is een erg belangrijk discussiepunt geweest. Verzekeraars waren immers van mening dat “wordt gevraagd” inhield dat de advocaat ook *door de verzekeraar* kon worden gevraagd. Niet geheel verwonderlijk, daar ook de wetgever had beoogd dat het moment van inschakelen van een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige ter beoordeling van de rechtsbijstandverzekeraar stond.⁵¹ Met de uitspraak van het HvJ is het tegengestelde echter vast komen te staan; het instellen van een externe advocaat is niet afhankelijk van de mening van de verzekeraar.

Derhalve is te zien dat de beperkingen die door verzekeraars worden gesteld inzake de reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze noodgedwongen zijn verkleind. Zo bepaalde ARAG dat zij als verzekeraar uitmaakte wanneer er een externe advocaat werd ingeschakeld en was een vrije keuze enkel een optie wanneer het procesmonopolie dit ook verplicht stelde. Ook DAS bepaalde dat zij zelf uitmaakte wanneer het nodig was om een externe advocaat in te schakelen bij de behandeling van een conflict. Tot de uitspraak van het Europese Hof was er omtrent dit laatste geen onduidelijkheid: het recht op vrije advocaatkeuze ontstond pas wanneer de zaak door de verzekeraar werd uitbesteed.⁵² Op die manier konden de verzekeraars het recht op vrije advocaatkeuze – en daarmee de kostprijs van een verzekering voor de verzekeraar – reguleren en dus in de hand houden.

Daar waar de reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze sinds de Sneller/DAS uitspraak is uitgebreid, zijn de financiële beperkingen die door verzekeraars worden gesteld alleen maar toegenomen en/of aangescherpt. Zo valt te zien dat vooral de kostenmaxima aanzienlijk zijn gekelderd. Verzekeraars blijven derhalve beperkingen stellen aan het recht op vrije advocaatkeuze, en trachten daarmee de grenzen op te zoeken van het toelaatbare.

⁵¹ Kamerstukken II 1988/98, 21 076, nr. 3, p.4 en nr. 6, p.5.

⁵² Mr. D.B. Holthinrichs, ‘De vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandverzekeringen: enkele “open eindjes” na het arrest van het HvJ EU van 7 november 2013 (HvJ EU Sneller/DAS)’.

4 De juridische houdbaarheid van de polisvoorwaarden

In het voorgaande is besproken wat de vrije advocaatkeuze exact inhoudt en hoe het recht in de jurisprudentie vorm heeft gekregen. Duidelijk is geworden dat de Sneller/DAS-uitspraak ingrijpende gevolgen heeft gehad voor de verzekeringspraktijk. In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre de wijzigingen die verzekeraars hebben doorgevoerd in overeenstemming zijn met Europese en nationale regelgeving. Allereerst wordt bekeken in hoeverre het is toegestaan de polisvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, waarna bekeken wordt of de voorwaarden inhoudelijk voldoen aan de door de jurisprudentie gestelde grenzen.

4.1 De en-bloc clause in het verzekeringsrecht

Veel verzekeraars nemen in de polisvoorwaarden een beding op (de en-bloc clause genaamd) dat hen het recht geeft de algemene voorwaarden eenzijdig te wijzigen. De rechtsgrond hiervoor is gelegen in titel 17 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, namelijk in art. 7:940 lid 4 BW. Uit dit artikel blijkt dat de verzekeraar de voorwaarden waaronder de verzekeringsovereenkomst is gesloten, in beginsel eenzijdig kan wijzigen. Hieraan wordt echter wel een belangrijke eis gesteld: wanneer de verzekeraar een beroep doet op de en-bloc clause, en de wijziging is nadelig⁵³ voor de verzekeringnemer, dan dient laatstgenoemde de mogelijkheid te krijgen de overeenkomst op te zeggen. Vanzelfsprekend geldt dit enkel voor tussentijdse wijziging; na afloop van het contract staat het partijen vrij nieuwe afspraken te maken.

SAR, DAS en ARAG hadden de en-bloc clause allen in de oude polisvoorwaarden opgenomen.⁵⁴ Navraag bij de verzekeraars leert dat SAR en ARAG hiervan geen gebruik hebben gemaakt bij invoering van de nieuwe polisvoorwaarden, terwijl DAS dit wel heeft gedaan.⁵⁵ Om te kunnen bekijken of het beroep op de en-bloc clause door DAS rechtsgeldig is geweest, is aanvullende jurisprudentie vereist. Immers, uit deze jurisprudentie blijkt dat een beroep op een en-bloc clause aan meer eisen is gebonden dan uit de tekst van art. 7:940 lid 4 BW blijkt. De verschillende uitspraken zullen hieronder worden behandeld.

4.1.1 De redelijkheid en billijkheid van de en-bloc clause

Een belangrijke uitspraak⁵⁶ in dit kader is gewezen in de zaak tussen de Consumentenbond en zorgverzekeraar ONVZ Aanvullende Verzekering N.V. (hierna: ONVZ). ONVZ had in deze zaak gebruik gemaakt van de in de voorwaarden opgenomen en-bloc clause en de polisvoorwaarden zodanig gewijzigd dat de dekking van de verzekerden werd beperkt. In het kort geding stond de vraag centraal of ONVZ onder deze omstandigheden een beroep mocht doen op de en-bloc clause en de polisvoorwaarden dus met recht waren gewijzigd.⁵⁷

In deze zaak is door de Consumentenbond een succesvol beroep gedaan op art. 6:248 lid 2 BW, dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid omvat. De voorzieningenrechter overwoog, kort gezegd, dat er geen (of onvoldoende) bijzonder zwaarwegende belangen waren die de tussentijdse aanpassing van de polisvoorwaarden door ONVZ rechtvaardigden.⁵⁸ Anders gezegd: bij een beroep op de en-bloc clause door een verzekeraar, is deze laatstgenoemde gebonden aan de eisen van redelijkheid en

⁵³ Het recht op opzegging bestaat ook wanneer de dekking van de verzekeringsovereenkomst (deels) wordt beperkt.

⁵⁴ Met "oude voorwaarden" wordt wederom bedoeld de voorwaarden zoals deze golden vóór de Sneller/DAS-uitspraak.

⁵⁵ SAR en ARAG hebben met het doorvoeren van de nieuwe polisvoorwaarden gewacht tot de prolongatiedatum.

⁵⁶ Rb. (vzr.) Utrecht 8 juni 2007, *LJN* BA6717.

⁵⁷ Mr. B.M. Jonk-van Wijk & mr. M.B. Esseling, *AV&S* 2007, nr. 39, p. 256.

⁵⁸ Mr. B.M. Jonk-van Wijk & mr. M.B. Esseling, *AV&S* 2007, nr. 39, p. 257.

billijkheid. De rechter dient de belangen van de verzekeraar⁵⁹ bij wijziging van de voorwaarden derhalve zwaarder te achten dan de belangen van de verzekeraar bij een ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst. De rechter zal hierbij steeds kijken naar de omstandigheden van het geval. Ook bij de rechtsbijstandverzekeraars is een belangenafweging dus op zijn plaats: de belangen van de verzekeraars bij wijziging van de voorwaarden zullen zwaarder hebben moeten wegen dan de belangen van de verzekerden bij een ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst. Meer hierover in paragraaf 4.2.

4.1.2 De en-bloc clause en het belang van de vermogenspositie

Ook in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 30 oktober 2013⁶⁰ werd een beroep op de en-bloc clause afgewezen (de verzekeraar had de premie eenzijdig verhoogd). De rechtbank stelde hierbij dat er bij het doen van een geslaagd beroep op de en-bloc clause sprake moet zijn van zeer bijzondere omstandigheden:

“Als uitgangspunt wordt genomen dat de aard van de verzekeringsovereenkomst, waarbij het afdekking van risico's voor de verzekerde centraal staat, met zich brengt dat de verzekeraar van een eenzijdige bevoegdheid tot het verhogen van premie slechts onder zeer bijzondere omstandigheden gebruik mag maken.”

Uiteindelijk oordeelde de voorzieningenrechter dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was om de premie met toepassing van de en-bloc bepaling eenzijdig te verhogen. Allereerst werd geoordeeld dat een verzekeringsovereenkomst naar haar aard ertoe strekt om onzekerheid bij de verzekerde weg te nemen, en dit tegen een premiebetaling over te dragen aan de verzekeraar. De en-bloc bepaling, en daarmee de mogelijkheid om bijvoorbeeld de premie eenzijdig te verhogen, verhoudt zich in principe niet met de aard van de verzekeringsovereenkomst, aldus de rechtbank. Deze oordeelt vervolgens aldus dat van een dergelijke bevoegdheid slechts onder zeer bijzondere omstandigheden gebruik kan worden gemaakt.

Daarbij speelde een rol dat het voor rekening en risico van de verzekeraar (als professionele marktpartij) dient te komen dat zij haar eigen risico's niet goed heeft ingeschat, waardoor er tegenvallende resultaten in de portefeuille zijn ontstaan. Tot slot werd geoordeeld dat de financiële positie van de verzekeraar niet dusdanig was dat de solvabiliteit door de tegenvallende resultaten in ernstige mate werd bedreigd.

4.1.3 De en-bloc clause en misbruik van bevoegdheid

Naast de omstandigheid dat het gebruik van de en-bloc clause niet in strijd mag zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid en er voor het gebruik hiervan sprake moet zijn van zeer bijzondere omstandigheden, vloeit uit de jurisprudentie⁶¹ een derde begrenzing voort. Het betrof hier een geschil tussen Achmea Schadeverzekeringen N.V. (hierna: Achmea) en een groep van verzekerden. Achmea had – gezien de grote toename in asbestclaims – een beroep op de en-bloc clause gedaan, en als gevolg daarvan de dekking voor asbestschade beperkt.

Op 3 september 2014 heeft de Rechtbank Gelderland hieromtrent bepaald dat noch in de parlementaire geschiedenis van art. 7:940 lid 4 BW, noch in het artikel zelf aanknopingspunten zijn te vinden voor de stelling dat de verzekeraar gedurende de looptijd

⁵⁹ Inzake de belangen van de verzekeraar oordeelde de rechtbank onder meer dat het enkele feit dat bij een ongewijzigde voortzetting de verzekeraar een verlies op de verzekeringen zou lijden, niet genoeg gewicht in de schaal legt, zeker gezien het feit dat ONVZ onvoldoende had onderbouwd welke gevolgen dit verlies zou meebrengen voor haar solvabiliteit.

⁶⁰ Rb. Amsterdam 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7138.

⁶¹ Rb. Gelderland 3 september 2014, C-05-248895 / HZ ZA 13-158.

van de verzekering niet bevoegd zou zijn de dekking van de overeenkomst te beperken. Wel oordeelt de rechtbank dat het gebruik van een en-bloc clause een begrenzing kent in art. 3:13 lid 1 BW, welke als volgt luidt:

“Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt.”

In dit kader oordeelde de rechter dat als gevolg van de wijzigingen in de voorwaarden de verzekerden in financiële problemen komen te verkeren of zelfs failleren. Dientengevolge diende er volgens de rechter sprake te zijn van zwaarwegende feiten en omstandigheden aan de zijde van Achmea, die een dergelijke wijziging van de polisvoorwaarden rechtvaardigen.

Hierbij hield de rechter (opnieuw) onder meer rekening met de vermogenspositie van de verzekeraar. Volgens de rechtbank kan immers niet worden gesteld dat er voor Achmea serieuze dreiging bestond dat zij met zodanige omstandigheden zou worden geconfronteerd dat het – gelet op haar vermogenspositie – niet verantwoord was om de polisvoorwaarden ongewijzigd te laten.

Uiteindelijk werd geoordeeld dat de forse toename van asbestclaims niet met zich meebracht dat Achmea in zodanig zwaar financieel vaarwater zou komen te verkeren dat het niet langer verantwoord was de lopende polisvoorwaarden te handhaven.

4.2 De en-bloc beperkingen van rechtsbijstandverzekeraars

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat de en-bloc clause door een verzekeraar niet zo eenvoudig kan worden toegepast als uit de tekst van art. 7:940 lid 4 BW lijkt te blijken. Er dient een belangenafweging te worden gemaakt, waarbij de grond van het beroep op de en-bloc clause moet prefereren boven de belangen van de verzekerde bij ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst. Voorts dient er aan de zijde van de verzekeraar sprake te zijn van zeer bijzondere omstandigheden om het beroep op de en-bloc clause te rechtvaardigen en mag de verzekeraar deze bevoegdheid niet misbruiken. Wanneer we deze gegevens projecteren op de wijzigingen die hebben plaatsgevonden bij de reeds genoemde rechtsbijstandverzekeraars, lijkt het gerechtvaardigd deze wijzigingen nog eens met een kritisch oog te bekijken.

4.2.1 De en-bloc beperkingen in het licht van de jurisprudentie

Op grond van het vonnis van de rechtbank Utrecht⁶² (in de zaak tussen de Consumentenbond en ONVZ), diende er bij het beroep dat DAS, ARAG en SAR hebben gedaan op de en-bloc clause – op grond van art. 6:248 lid 2 BW – sprake te zijn van zwaarwegende belangen aan de zijde van deze verzekeraars, welke dit beroep rechtvaardigen. Hierbij dient steeds gekeken te worden naar de omstandigheden van het geval, aldus de rechtbank. In dit kader kan worden gesteld dat de (deels) nieuwe interpretatie van het recht op vrije advocaatkeuze door de Sneller/DAS-uitspraak een ingrijpende wijziging is geweest voor zowel verzekeraar als verzekerde. Deze wijzigingen pakken voor rechtsbijstandverzekeraars in financieel opzicht nadelig uit, daar een zelf gekozen advocaat duurder kan worden geacht dan een interne jurist van één der verzekeraars. Deze redenering is het uitgangspunt geweest voor de wijzigingen die door de verzekeraars zijn doorgevoerd. Of dat overigens altijd het geval is, is nog maar de vraag.

⁶² Rb. (vzr.) Utrecht 8 juni 2007, LJN BA6717.

Echter, de rechtbank Amsterdam (zie paragraaf 4.1.2) oordeelde dat het voor rekening en risico van de verzekeraar (als professionele marktpartij) dient te komen dat zij haar eigen risico's niet goed heeft ingeschat, waardoor er tegenvallende resultaten in de portefeuille zijn ontstaan. In dit kader lijkt het niet geheel onwaarschijnlijk dat ook bij de rechtsbijstandverzekeraars een verkeerde inschatting van de risico's heeft plaatsgevonden, en op grond daarvan de polisvoorwaarden en-bloc zijn aangepast. Immers, de eerste uitspraak inzake de Sneller/DAS zaak vond reeds plaats op 8 maart 2011.⁶³ Daarbij was het reeds op 28 september 2012 – middels het arrest van de Hoge Raad⁶⁴ – bekend dat er prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie waren gesteld inzake de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze. Reeds toen was derhalve bekend dat de verzekeringsbranche risico's liep op dit gebied. Daar verzekeraars hier niet tegen hebben geageerd (bijvoorbeeld door aflopende polissen reeds aan te passen), maar slechts hebben gereageerd toen voor hen het “kwaad” reeds was geschied, lijkt het niet onwaarschijnlijk dat er ook aan de zijde van de verzekeraars sprake is geweest van een gebrekkige risicoanalyse. De tegenvallende resultaten in de portefeuille die bij het ongewijzigd laten van de polisvoorwaarden zouden zijn ontstaan, kunnen derhalve mogelijk worden aangemerkt als gevolg van deze verkeerde inschatting van die risico's. Dit terwijl risico-inschatting toch behoort tot de deskundigheid van een verzekeraar, en aangeboden producten (lees: de rechtsbijstandverzekering) derhalve op een gedegen inschatting van deze risico's gebaseerd dienen te zijn.⁶⁵

Voorts kan worden gesteld dat ook in de zaak die resulteerde in het vonnis van de rechtbank Gelderland⁶⁶, sprake was van gewijzigde omstandigheden, die nadelig waren voor de verzekeraar (een forse toename van asbestclaims). Volgens de rechtbank was deze toename echter niet zodanig dat kon worden gesteld dat het – gelet op de vermogenspositie van Achmea – niet langer verantwoord was de overeengekomen dekking te handhaven. In dit kader oordeelde de rechter in de zaak tussen de Consumentenbond en ONVZ dat het enkele feit dat ongewijzigde voortzetting van de polissen verlies op zou leveren voor de verzekeraars, onvoldoende gewicht in de schaal legt om een en-bloc wijziging te kunnen rechtvaardigen, zeker indien onduidelijk is welke gevolgen dit verlies meebrengt voor de solvabiliteit van de verzekeraar.

De vraag is derhalve of het verlies voor rechtsbijstandverzekeraars bij ongewijzigde voortzetting van de polissen na het Sneller/DAS-arrest dusdanig zou zijn dat de vermogenspositie en daarmee de solvabiliteit van de verzekeraars ernstig in gevaar zou komen. Hoewel de vermogensposities van de verschillende verzekeraars mij niet bekend zijn, lijkt de stelling verdedigbaar dat de verzekeraars de lopende polissen voor de rest van de looptijd in stand had kunnen houden, zonder daarbij in ernstig financieel vaarwater te komen verkeren. De onderzochte verzekeraars zijn immers allen grote, toonaangevende spelers in de verzekeringsbranche. Daarnaast zijn ze alle drie aangesloten bij het Verbond van Verzekeraars, als gevolg waarvan de verzekeraars in beginsel een contractperiode van één jaar aanhouden.⁶⁷ Derhalve is de kans zeer reëel dat het gros van de polissen binnen een jaar na de Sneller/DAS-uitspraak af zou lopen. Dit laatste reduceert het belang van de verzekeraars bij gewijzigde polisvoorwaarden, en sterkt uiteraard de positie van de verzekerde bij ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst.

⁶³ Rb. (vzr.) Amsterdam 8 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR7547.

⁶⁴ HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7507.

⁶⁵ Rb. (vzr.) Utrecht 8 juni 2007, LJN BA6717.

⁶⁶ Rb. Gelderland 3 september 2014, C-05-248895 / HZ ZA 13-158.

⁶⁷ Voor een verzekeringsovereenkomst voor langere periode dient de consument expliciet te tekenen.

Dientengevolge lijkt de stelling dat het belang van de verzekeraar bij wijziging van de polisvoorwaarden prefereert boven de belangen van de verzekerde bij ongewijzigde voortzetting, moeilijk te verdedigen. Hoewel het wellicht kan worden gezien als mosterd na de maaltijd, kan ook op dit laatste punt dus met recht worden getwijfeld aan de rechtsgeldigheid van de en-bloc wijzigingen die de verzekeraars hebben doorgevoerd in de polisvoorwaarden.

4.2 Een inhoudelijke beoordeling van de polisvoorwaarden

Naast de vraag of de en-bloc wijziging in de polisvoorwaarden door DAS op zich rechtsgeldig is geweest, is het in het kader van dit onderzoek interessant om te bekijken in hoeverre enkele van de wijzigingen die zijn doorgevoerd, stroken met het Sneller/DAS arrest. Aan de hand van drie belangrijke criteria die voortvloeien uit het arrest zal dit in het navolgende worden onderzocht.

4.2.1 Wie bepaalt of er wordt uitbesteed?

Zoals in het tweede hoofdstuk reeds aan de orde is gekomen, is in het Sneller/DAS-arrest antwoord gegeven op twee prejudiciële vragen van de Hoge Raad. De eerste vraag was daarbij of de rechtsbijstandverzekeraar in de polisvoorwaarden – naast het feit dat rechtsbijstand in beginsel door eigen werknemers wordt verleend – op mocht nemen dat de kosten voor een vrij gekozen advocaat slechts worden vergoed wanneer de verzekeraar van mening is dat de zaak moet worden uitbesteed. Deze vraag is door het Europese Hof ontkennend beantwoord, waardoor dergelijke bedingen in polisvoorwaarden niet langer geoorloofd zijn.

Niet alle onderzochte verzekeraars hebben hun polisvoorwaarden op dit punt echter aangepast. SAR heeft de bepaling dat er vrije advocaatkeuze voor de verzekerde bestaat indien SAR van mening is dat er een gerechtelijke of administratieve procedure moet worden gevoerd, namelijk gehandhaafd. Derhalve houdt SAR immer een vinger in de pap, zonder direct in strijd te handelen met het bepaalde in het Sneller/DAS-arrest. Het Europese Hof heeft zich immers niet uitgesproken over de vraag wie bepaalt dat er een gerechtelijke dan wel een administratieve procedure moet worden gevoerd. Is er eenmaal sprake van een gerechtelijke of administratieve procedure, dan kan de verzekerde zijn of haar rechtshulpverlener zelf kiezen. Verschilt de verzekerde met de verzekeraar van mening over de “procesrijpheid” van de zaak, dan kan deze een beroep doen op de geschillenregeling, waar ingevolge de polisvoorwaarden ook recht bestaat op vrije advocaatkeuze.⁶⁸

De huidige polisvoorwaarden van ARAG bepalen voorts dat de verzekerde zelf zijn of haar advocaat mag kiezen indien “het nodig is om een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren”. Hiermee lijkt ARAG de polisvoorwaarden in overeenstemming met het Sneller/DAS-arrest te hebben aangepast. De oude voorwaarden bepaalden dat er vrije advocaatkeuze bestond indien een advocaat werd verzocht de verzekerde bij te staan. Deze bepaling was op zichzelf niet in strijd met het Sneller/DAS-arrest, daar de zinsnede “wordt verzocht” zowel de verzekeraar als de verzekerde kon impliceren. In de praktijk was het echter slechts ARAG zelf die het was toegestaan een advocaat hierom te verzoeken. Daarnaast gebeurde dit volgens de polisvoorwaarden enkel en alleen wanneer er sprake

⁶⁸ Deze vrije advocaatkeuze ontstaat op het moment dat partijen een samen gekozen scheidsrechter om advies hebben gevraagd, en de verzekerde in het ongelijk wordt gesteld. De verzekerde krijgt deze kosten echter alleen vergoed indien deze door de advocaat in het gelijk wordt gesteld.

was van verplichte procesvertegenwoordiging, een beding dat volgens het Sneller/DAS-arrest niet rechtsgeldig was.⁶⁹

Tot slot heeft ook DAS de polisvoorwaarden op dit punt aangepast. De vraag is echter of de huidige polisvoorwaarden in overeenstemming zijn met het Sneller/DAS-arrest. In de voorwaarden is immers bepaald dat DAS een externe deskundige (zoals een rechtshulpverlener) inschakelt, wanneer DAS dit nodig vindt. Vervolgens wordt er weliswaar bepaald dat de verzekerde zijn of haar advocaat zelf mag kiezen wanneer er een gerechtelijke of administratieve procedure wordt gevoerd, maar de regels bij het inschakelen van externe deskundigen bepalen opnieuw dat DAS beslist of het nodig is om een externe deskundige in te schakelen bij de behandeling van een conflict. Uit deze bewoordingen blijkt nadrukkelijk dat de vrije advocaatkeuze wel degelijk afhankelijk is van de mening van de verzekeraar, iets wat na het Sneller/DAS-arrest juist niet meer was toegestaan. De polisvoorwaarden lijken derhalve in strijd met dit arrest, maar wellicht heeft DAS slechts getracht handig gebruik van de door het Europese Hof gehanteerde bewoordingen. In het arrest is namelijk bepaald dat het beding dat bepaalt dat de vrije advocaatkeuze slechts bestaat indien de verzekeraar van mening is dat de zaak moet worden uitbesteed, slechts dan ongeoorloofd is wanneer de verzekeraar tevens bedingt dat de rechtsbijstand in beginsel door eigen werknemers wordt verleend. En waar dit laatste in de oude voorwaarden nog was opgenomen, ontbreekt dit beding in de huidige polisvoorwaarden. Echter, in het Sneller/DAS-arrest is tevens bepaald dat uit art. 4 lid 1 sub a van Richtlijn 87/344/EEG voortvloeit dat de vrije advocaatkeuze van de verzekeringnemer niet kan worden beperkt tot de situatie waarin de verzekeraar besluit dat een externe rechtsbijstandverlener in de arm wordt genomen. Dit standpunt wordt nog eens herhaald in het arrest van de Hoge Raad.⁷⁰ Dit laatste lijkt DAS echter wel te willen bewerkstelligen middels de genoemde bepalingen in de polisvoorwaarden. Derhalve lijkt DAS hardleers door nog steeds de grenzen van het toelaatbare op te zoeken.

4.2.2 Redelijke keuze

Uit het Sneller/DAS arrest en het Stark-arrest blijkt dat in bepaalde gevallen beperkingen kunnen worden gesteld aan de kosten die door de verzekeraars worden vergoed. Het recht op vrije advocaatkeuze betekent volgens het HvJ niet dat de lidstaten de verzekeraars moeten verplichten om de volledige kosten van de verdediging van een verzekerde te vergoeden, maar de vrije advocaatkeuze mag daarentegen niet van haar inhoud worden beroofd. Dat zou het geval zijn indien de beperkingen van de vergoeding van de advocaatkosten zodanig zijn dat het voor de verzekerde onmogelijk is een redelijke keuze te maken wat zijn vertegenwoordiger betreft. De nationale rechter dient dit te bewaken, aldus het HvJ. Helaas heeft deze nationale rechter zich vooralsnog niet over het begrip “redelijke keuze” gebogen, waardoor expliciete afbakening van dit begrip vooralsnog niet mogelijk is.

Daarnaast is het moeilijk om het begrip naar eigen inzichten af te bakenen. De vraag naar wat een redelijke keuze nu precies inhoudt, is immers vragen naar een algemeen antwoord op een casusspecifieke vraag. Het al dan niet aanwezig zijn van een “redelijke keuze” hangt namelijk onder meer af van de tarieven die worden gehanteerd door advocaten, welke variabel zijn. Daarnaast is het afhankelijk van de aard en complexiteit van de zaak en de noodzaak van specialistische kennis. Of een bedrag van €2.500 – zoals DAS bijvoorbeeld

⁶⁹ Zie hiervoor paragraaf 2.5.2.3.

⁷⁰ HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:396.

hanteert – voor een arbeidsrechtelijke zaak volstaat, is dus te afhankelijk van de specifieke zaak om dit te kunnen beoordelen. Derhalve dient er op den duur een balans te worden gezocht in de markt. De praktijk zal dus uitwijzen welke bedragen volstaan voor welke procedures, en wanneer er derhalve sprake is van een “redelijke keuze”.

4.2.3 Wat als de verzekerde zelf een externe advocaat inschakelt?

Zoals in het vorige hoofdstuk aan bod is gekomen, hebben alle onderzochte verzekeraars het de verzekerde verboden zelf een advocaat in te schakelen. Het Europese Hof van Justitie heeft in het Sneller/DAS-arrest geen uitsluitsel gegeven over de toelaatbaarheid van dit aspect, maar het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: Kifid)⁷¹ heeft hier medio 2014 wél een interessante uitspraak over gedaan.⁷² In het geschil tussen DAS en consument (die voor rechtsbijstand was verzekerd) had laatstgenoemde, zonder voorafgaand overleg met DAS, een advocaat ingeschakeld. DAS weigert deze advocaatkosten te vergoeden, hoewel tussen partijen vaststond dat er sprake was van een administratieve procedure. DAS was echter van mening dat de verzekerde de advocaat niet zelf in had mogen schakelen, daar DAS nu geen kans heeft gezien tariefafspraken te maken met de advocaat. De geschillencommissie van het Kifid oordeelde dat het handelen van de verzekerde in strijd met de polisvoorwaarden een volledig verval van het recht op vergoeding van de advocaatkosten niet rechtvaardigt, maar dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat het door DAS als gevolg van het handelen van verzekerde geleden nadeel (geen tariefafspraken kunnen maken) op de vergoeding van de advocaatkosten in mindering diende te worden gebracht.

Overigens heeft het Kifid eind 2014 hieromtrent een tweede interessante uitspraak gedaan.⁷³ In dit geschil ging het om een voor rechtsbijstand verzekerde, die bij zijn verzekeraar ARAG een geschil met zijn werkgever had gemeld. Nadat hier door ARAG te laat op werd gereageerd, heeft de verzekerde eigenhandig een advocaat in de arm genomen. Het late reageren staat tussen partijen echter niet ter discussie, waardoor ARAG in die periode heeft aangeboden de gemaakte advocaatkosten te vergoeden. Vervolgens is de zaak opnieuw bij ARAG in behandeling gekomen. Inzake deze behandeling was de verzekerde echter van mening dat ARAG hierin tekortschoot, waardoor hij zich opnieuw genoodzaakt zag naar een externe advocaat te stappen. ARAG was echter van mening dat er geen sprake was van een gerechtelijke dan wel administratieve procedure. Volgens het Kifid waren de werkzaamheden van de advocaat echter uitgevoerd in het kader van een (voornamelijk) arbeidsrechtelijke procedure. Vervolgens oordeelde het Kifid dat de bepaling in de polisvoorwaarden van ARAG, welke bepaalt dat het verzekerden zelf niet is toegestaan een advocaat in te schakelen, zich niet verdraagt met de ruime bescherming die het Sneller/DAS-arrest verzekerden biedt. De verzekerde kreeg zijn advocaatkosten derhalve vergoed.

4.3 Conclusie

Uit bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het beroep op een en-bloc clausule in de algemene voorwaarden aan meer eisen is gebonden dan het wetsartikel in eerste instantie doet vermoeden. De besproken jurisprudentie laat zien dat het geen uitgemaakte zaak is dat de wijzigingen die DAS (SAR en ARAG hebben naar eigen zeggen immers geen gebruik

⁷¹ Het Kifid behandelt financiële klachten tussen consumenten en onder meer verzekeraars. Het Kifid bemiddelt daarbij middels een Ombudsman of geeft een (doorgaans) bindend advies via de Geschillencommissie of de Commissie van Beroep. Zie ook: www.kifid.nl.

⁷² Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2014-287 d.d. 28 juli 2014.

⁷³ Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2014-110 d.d. 3 maart 2014.

gemaakt van de en-bloc clause) heeft doorgevoerd in de polisvoorwaarden naar aanleiding van het Sneller/DAS-arrest rechtsgeldig zijn. In dit kader kan de conclusie worden getrokken dat rechters – wanneer er in dit kader een belangenafweging wordt gemaakt op grond van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW – in grote mate rekening houden met de vermogenspositie van de verzekeraars. Gezien het feit dat de vermogensposities van de onderzochte verzekeraars mij niet bekend zijn, is het enkel op grond hiervan moeilijk te beoordelen of het belang van de verzekeraars bij wijziging van de polisvoorwaarden zwaarder heeft gewogen dan het belang van de verzekerden bij ongewijzigde polisvoorwaarden. Wanneer echter gekeken wordt naar de andere omstandigheden die de jurisprudentie bij de beoordeling van het beroep op de en-bloc clause betreft, kan er in mijn ogen met recht worden getwijfeld aan de rechtsgeldigheid van de wijzigingen die de rechtsbijstandverzekeraars naar aanleiding van de Sneller/DAS-uitspraak hebben doorgevoerd.

Wat betreft de houdbaarheid van de inhoudelijke beperkingen die door de verzekeraars in de polisvoorwaarden zijn opgenomen, kan niet zonder meer worden gesteld dat deze beperkingen in overeenstemming zijn met het recht op vrije advocaatkeuze. Wél kan hieromtrent worden gesteld dat deze inschatting vaak lastig te maken is, onder meer door het gebrek aan recente jurisprudentie op dit vlak.

Wanneer gekeken wordt naar het antwoord op de eerste prejudiciële vraag, blijkt uit het onderzoek dat niet alle verzekeraars de polisvoorwaarden hier op hebben aangepast. De polisvoorwaarden van SAR en ARAG lijken echter in overeenstemming te zijn met het Sneller/DAS-arrest. Hierbij is echter slechts gekeken naar de polisvoorwaarden op zich; de feitelijke invulling in de praktijk is in het onderzoek niet meegenomen. Dit laatste is ook bij de polisvoorwaarden van DAS het geval, maar wanneer ook hier enkel naar deze voorwaarden wordt gekeken, kan de conclusie worden getrokken dat van de drie onderzochte verzekeraars, DAS degene lijkt die de grenzen van het toelaatbare het meest nadrukkelijk opzoekt.

Daarnaast kan er geen eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag wanneer er precies sprake is van een redelijke keuze voor de verzekerde. Daarvan is in elk geval sprake wanneer de beperkingen van de vergoeding van advocaatkosten zodanig zijn dat het voor de verzekerde onmogelijk is een redelijke keuze te maken wat zijn vertegenwoordiger betreft. Deze vraag is echter té casusspecifiek om hier een algemeen antwoord op te kunnen geven. De beantwoording van deze vraag zal vooral in de praktijk tot stand moeten komen. Het lijkt daarmee slechts een kwestie van tijd tot het moment zich aandient dat de rechter zich over dit vraagstuk zal moeten gaan buigen. Ook in het Sneller/DAS-arrest is namelijk bepaald dat de nationale rechter deze begrenzing dient te bewaken.

Tot slot kan men zich afvragen of de voorwaarde in de polisvoorwaarden van de onderzochte verzekeraars, dat het verzekerden niet is toegestaan zelf een advocaat in te schakelen, gerechtvaardigd is. Ook over dit vraagstuk heeft de rechter zich nog niet gebogen, maar de twee uitspraken van het Kifid hieromtrent spreken vooralsnog duidelijk in het voordeel van de verzekerde.

5 De vergunningplicht voor verzekeraars

Naast het onderzoek inzake de juridische houdbaarheid van polisvoorwaarden voor verzekeraars, zal er een tweede onderzoek plaats vinden dat betrekking heeft op de (rechtsbijstand)verzekeraar: de vergunningplicht op grond van de Wft. Wat dit precies inhoudt en wat Recht Direct kan doen om deze vergunningplicht – mocht zij daadwerkelijk het bedrijf van rechtsbijstandverzekeraar gaan praktiseren – te omzeilen, wordt in de volgende hoofdstukken uiteengezet.

5.1 De invoering van de Wft

Op 1 januari 2007 is de Wet op het financieel toezicht in werking getreden. Hiermee werden zeven veelal sectorale toezichtswetten (waaronder de Wet financiële dienstverlening en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993) vervangen en in deze wet ondergebracht.⁷⁴ De oude wetten regelden allen veelal dezelfde onderwerpen. Elke wet kende een vergunningplicht voor het verrichten of aanbieden van bepaalde financiële diensten en elke wet stelde regels met daaraan gekoppeld een stelsel van ontheffingen en soms vrijstellingen.⁷⁵ Na de invoering van de Wft zijn deze verschillende regelingen allemaal onder één dak gekomen.

De invoering van de Wft is de meest omvangrijke wetgevingsoperatie in de Nederlandse geschiedenis van het financieel toezicht geweest.⁷⁶ De Wft is een behoorlijk uitgebreide regeling geworden, daar het sindsdien het toezicht op bijna de gehele financiële sector in Nederland regelt. De wet bestaat uit een algemeen deel, en vier specifiekere delen. De wet is verder uitgewerkt in verschillende AMvB's, die – waar nodig – tevens aan de orde zullen komen.

De Wft onderwerpt financiële ondernemingen aan verschillende vormen van toezicht. In dit kader regelt de wet dat financiële ondernemingen onder bepaalde omstandigheden verplicht zijn een vergunning op grond van de Wft aan te vragen, en onder welke omstandigheden deze vergunningen kunnen worden verleend. De doelstellingen van de Wft zijn in drie woorden samen te vatten: inzichtelijkheid (duidelijke structuur), doelgerichtheid (codificering functionele toezichtsmodel) en marktgerichtheid (bijdragen aan concurrentiekracht, het creëren van een “level playing field”, het verminderen van administratieve lasten, het flexibeler, transparanter en slagvaardiger maken van het toezicht en vergroting van rechtszekerheid).⁷⁷

5.2 De opbouw van de Wft

Om te beginnen verdient het opmerking dat de Wft een basis biedt voor een veelheid aan financiële ondernemingen die in veel opzichten niets met elkaar te maken hebben.⁷⁸ Daar dit onderzoek zich toe zal spitsen op de bepalingen inzake de verzekering/verzekeraar, is een groot gedeelte van de Wft voor dit onderzoek irrelevant. Desondanks zal hierna kort de opbouw van de Wft worden beschreven.

Het eerste hoofdstuk van de Wft behelst het meest algemene deel van de wet. Dit gedeelte is van toepassing op beide toezichthouders (zie hiervoor paragraaf 5.2.1), bevat een uitgebreide begripsbepaling en behandelt onderwerpen als de reikwijdte van bepalingen, de

⁷⁴ E. van den Ing, 2012, p. 7.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p.2.

⁷⁶ G.R. Boshuizen & B.H. Jager, 2010, p. 15.

⁷⁷ G.R. Boshuizen & B.H. Jager 2010, p. 15.

⁷⁸ G.R. Boshuizen & B.H. Jager 2010, p. 1.

inrichting en samenwerking van de toezichthouders en de wettelijke procedures. Hoofdstuk 2 (Markttoegang financiële ondernemingen) bevat regelingen inzake de toegang van verschillende typen ondernemingen tot de Nederlandse en buitenlandse financiële markt. Vervolgens zijn in de hoofdstukken 3, 4 en 5 bepalingen opgenomen inzake het prudentieel toezicht en het gedragstoezicht van financiële ondernemingen. Om hier een duidelijk beeld van te krijgen wordt hier in het navolgende kort aandacht aan besteed.

5.2.1 Twee vormen van toezicht

De hoofdstukken 3 (prudentieel toezicht), 4 en 5 (gedragstoezicht) zien toe op twee verschillende soorten toezicht. Financiële ondernemingen worden immers middels de Wft aan twee soorten toezicht onderworpen: het prudentieel toezicht en het gedragstoezicht. Dit wordt ook wel het “functionele toezichtsmodel” genoemd, dat reeds tot uiting kwam in een nota van de minister van Financiën in 2001.⁷⁹ In deze nota kwam de minister van Financiën tot de conclusie dat het dit toezichtsmodel het beste past bij de Nederlandse financiële markten.⁸⁰ Het model gaat uit van één toezichthouder per toezichtdoelstelling, te onderscheiden in gedrags- en prudentieel toezicht.⁸¹

Het prudentieel toezicht is in handen van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB), en is volgens de wet⁸² gericht op “de solidariteit van financiële ondernemingen en de stabiliteit van het financiële stelsel”. Het gedragstoezicht daarentegen wordt uitgeoefend door de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) en is met name gericht op “ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten”.⁸³ Op grond van de Wft zijn dus twee toezichthouders actief: de DNB en de AFM, welke beiden ook de vergunningverlenende instanties zijn binnen hun toezichtsveld.

Beide toezichthouders hebben als taak om te beslissen omtrent de toelating tot de financiële markten. In een concreet geval beslist echter slechts één toezichthouder over de toegang van een onderneming. Welke toezichthouder dit is – de DNB of de AFM – is afhankelijk van de aard van de onderneming. Staat de onderneming voornamelijk onder prudentieel toezicht – zoals de verzekeraars – dan is DNB de vergunningverlenende instantie. Staat een onderneming voornamelijk onder gedragstoezicht, dan is de AFM de vergunningverlenende instantie.⁸⁴

De Wft bevat bepalingen die DNB en de AFM verplichten om met elkaar samen te werken. Deze bepalingen zijn voornamelijk opgenomen in hoofdstuk 1.3. Onder andere is geregeld wanneer één van de toezichthouders aan de ander advies moet vragen, met name inzake specifieke vergunningaanvragen.

5.3 De vergunningplicht voor de schadeverzekeraar

In hoofdstuk 2 van de Wft is het gedeelte geregeld inzake de markttoegang van financiële ondernemingen. Art. 1:1 Wft bepaalt dat onder “financiële onderneming” mede moet worden verstaan “een verzekeraar”. In het kader van Recht Direct is het derhalve zinvol te bekijken

⁷⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28 122, nr. 2.

⁸⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 122, nr. 2, p. 20.

⁸¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 122, nr. 2, p. 7.

⁸² Artikel 1:24 Wft.

⁸³ Artikel 1:25 Wft.

⁸⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 6.

welke bepalingen van toepassing zijn op het moment dat Recht Direct op gaat treden als rechtsbijstandverzekeraar, en wat dit precies tot gevolg heeft.

Zoals gesteld ziet de Wft toe op een grote verscheidenheid aan financiële ondernemingen. Eén van die ondernemingen is de verzekeraar.⁸⁵ De Wft onderscheidt hieromtrent verschillende vormen van verzekering: de herverzekeraar, de levensverzekeraar, de natura-uitvaartverzekeraar en de schadeverzekeraar. Ingevolge de artikelen 2:26a, 2:27 en 2:48 Wft is het elke directe dan wel indirecte verzekeraar in Nederland verboden zonder vergunning als zodanig een bedrijf te voeren. In het navolgende wordt echter specifiek ingegaan op de verbodsbepaling van art. 2:27 lid 1 Wft, daar deze betrekking heeft op de “gewone” schadeverzekeraar⁸⁶, en daarmee mogelijk tevens de rechtsbijstandverzekeraar. Of dit laatste echter zo is, wordt onderzocht in paragraaf 5.3.2.

Een vergunning (en ontheffing) op grond van de Wft is persoonlijk en niet overdraagbaar.⁸⁷ Qua overdraagbaarheid wordt hier echter bedoeld op art. 3:80 lid 3 BW, de verkrijging onder bijzondere titel. In de memorie van toelichting⁸⁸ wordt ervan uitgegaan dat een verkrijging onder algemene titel in de zin van art. 3:80 lid 1 BW, zoals bij een fusie of splitsing, wel met zich meebrengt dat de vergunning van rechtswege overgaat, tenzij er wijzigingen plaatsvinden in de activiteiten die door de rechtsopvolger worden verricht op de financiële markten. In dat geval wordt de lading niet meer gedekt, en ontstaat aanleiding om de vergunning opnieuw te beoordelen, aldus de toelichting. Binnen de literatuur wordt hier echter niet eensluidend over geoordeeld.⁸⁹

5.3.1 De verbodsbepaling van artikel 2:27 lid 1 Wft

Afdeling 2.2.3 van de Wft bevat bepalingen omtrent het uitoefenen van het bedrijf van levens- dan wel schadeverzekeraar. De paragraaf inzake de vergunningplicht begint met de volgende bepaling:

Artikel 2:27 Wft:

1. Het is een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van levensverzekeraar of schadeverzekeraar.
 2. Het bedrijf van levensverzekeraar en het bedrijf van schadeverzekeraar worden onderscheiden in de branches die zijn genoemd in de bij deze wet behorende Bijlage branches.
 3. (...)
-

Ingevolge dit artikel is het verboden om zonder vergunning het bedrijf uit te oefenen van schadeverzekeraar. De verbodsbepaling vindt zijn grondslag in een richtlijn van de Europese Raad⁹⁰ en is voorts strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten (hierna: WED). Art. 1 sub 2° WED zegt dat een overtreding van een voorschrift bij of krachtens art. 2:27 lid 1 Wft een economisch delict is. Ingevolge art. 2 WED wordt dit economische delict zelfs als misdrijf gezien wanneer zij opzettelijk is begaan. Titel II van de WED bevat bepalingen inzake de straffen en maatregelen. Wanneer het bedrijf van schadeverzekeraar opzettelijk zonder vergunning wordt gevoerd, dan kan dit worden bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie (€20.250).⁹¹ Geschiedt dit echter niet met opzet, dan wordt er gestraft met hechtenis van ten hoogste zes

⁸⁵ Zie hiervoor onder andere de begripsomschrijving van *financiële onderneming* (sub p.) in artikel 1:1 Wft.

⁸⁶ In hoofdstuk 6 zal tevens worden ingegaan op andersoortige schadeverzekeraars, zoals die met beperkte risico-omvang.

⁸⁷ Artikel 2:1 Wft.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p.472.

⁸⁹ Zie hiervoor onder andere G.R. Boshuizen & B.H. Jager 2010, p. 111.

⁹⁰ Richtlijn 73/239/EEG.

⁹¹ Artikel 6 lid 1 sub 2° WED.

maanden, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie.⁹² Bovendien kunnen er nog bijkomende straffen worden opgelegd, zoals stillegging van de onderneming waarin het delict is begaan.⁹³ Daarnaast kan er een bestuurlijke boete worden opgelegd.⁹⁴ Deze boete kan heeft een basisbedrag van €2.000.000 en kan maximaal oplopen tot €4.000.000.⁹⁵ Het niet in acht nemen van de verbodsbepaling van art. 2:27 lid 1 Wft kan derhalve verstrekken gevolgen met zich meebrengen.

5.3.2 Rechtsbijstandverzekeraar: schadeverzekeraar?

Om te kunnen bepalen of Recht Direct – wanneer zij in de toekomst op gaat treden als rechtsbijstandverzekeraar – vergunningplichtig is op grond van art. 2:27 lid 1 Wft, zal allereerst bekeken moeten worden of de rechtsbijstandverzekeraar onder het begrip schadeverzekeraar valt als bedoeld in deze bepaling. Om dit te kunnen beoordelen, zullen de begripsbepalingen van de Wft moeten worden onderzocht.

De schadeverzekeraar wordt in de Wft als volgt omschreven:⁹⁶

“degene die zijn bedrijf maakt van het sluiten van schadeverzekeringen voor eigen rekening en het afwikkelen van die schadeverzekeringen”.

De schadeverzekering wordt op haar beurt gedefinieerd als:⁹⁷

“a. schadeverzekering als bedoeld in artikel 944 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, niet zijnde een natuura-uitvaartverzekering; of
b. ongevallenverzekering; of
c. sommenverzekering als bedoeld in artikel 964 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, niet zijnde een levensverzekering of een financieel instrument;
met dien verstande dat voor de toepassing van deze wet een verzekering slechts als schadeverzekering wordt aangemerkt indien sprake is van een uitkeringsplicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen.”

Deze definitie neemt het Burgerlijk Wetboek als uitgangspunt voor het begrip “schadeverzekering”. Art. 7:944 BW noemt op haar beurt de schadeverzekering “*de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden*”. De verzekering is uitgewerkt in art. 7:925 BW (zie hiervoor paragraaf 2.1). Er dient derhalve sprake te zijn van 1) een overeenkomst, 2) premie, 3) een uitkering, 4) onzekerheid en 5) het moet gaan om vergoeding van vermogensschade.

Met betrekking tot de onzekerheid en het vergoeden van vermogensschade dient nog het volgende te worden opgemerkt. Op grond van art. 7:925 BW j° 7:944 BW is er ook dan sprake van een schadeverzekering indien bij het sluiten van een overeenkomst geen zekerheid bestaat tot welk bedrag er dient te worden uitgekeerd, zonder dat deze uitkeringsplicht afhankelijk wordt gesteld van een “onzeker voorval” of een onzekere omstandigheid. De wetgever was van mening dat dit een ongewenste uitbreiding van de toezichtwetgeving op zou leveren. Vandaar dat uitdrukkelijk is toegevoegd dat er sprake dient te zijn van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen.⁹⁸ Dit onzekere voorval moet bij het sluiten van

⁹² Artikel 6 lid 1 sub 5° WED.

⁹³ Artikel 6 lid 2 j° artikel 7 onder c WED.

⁹⁴ Artikel 1:80 lid 1 sub a Wft verwijst naar de bijlage bij artikel 1:80 Wft. Hierin is artikel 2:27 Wft opgenomen.

⁹⁵ Artikel 1:81 lid 1 Wft verwijst naar het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, op grond waarvan artikel 2:27 Wft onder categorie 3 als bedoeld in artikel 1:81 lid 2 Wft wordt geschaard.

⁹⁶ Artikel 1:1 Wft.

⁹⁷ Artikel 1:1 Wft.

⁹⁸ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, nr. 41, p. 56.

de overeenkomst tussen partijen bestaan. Onder onzeker voorval wordt in de regel verstaan een gebeurtenis die zich naar de normale loop van omstandigheden niet voordoet.⁹⁹ De meeste rechtsbijstandverzekeraars hebben zelf in de polisvoorwaarden een definitie opgenomen. Feit is dat het intreden van een juridisch geschil in zijn algemeenheid als onzeker voorval is aan te merken. Niet van belang is overigens of deze onzekerheid na het sluiten van de overeenkomst wordt opgeheven.¹⁰⁰

Met het vergoeden van vermogensschade sluit het artikel aan bij art. 6:95 BW, waardoor daaronder mede zijn begrepen de vergoeding van kosten, als bedoeld in art. 6:96 BW, waarvoor de verzekerde kan komen te staan.¹⁰¹ Ook op dit punt valt de rechtsbijstandverzekering derhalve onder de noemer “schadeverzekering” als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek, daar deze strekt tot vergoeding van juridische kosten.

Wanneer Recht Direct op zal treden als rechtsbijstandverzekeraar, zal zij optreden als schadeverzekeraar. Er zal met de klant een overeenkomst worden gesloten, om – tegen een bepaalde premie – uitkering te doen in de vorm van de vergoeding van rechtsbijstand. Of deze rechtsbijstand nodig is, is tijdens het sluiten van de overeenkomst een “onzeker voorval” als bedoeld in de Wft. Tot slot zal de uitkering die Recht Direct doet strekken tot het vergoeden van vermogensschade, namelijk de vergoeding van kosten van de benodigde rechtsbijstand.

5.3.2.1 De Bijlage Branches

In art. 2:27 lid 2 Wft is bepaald dat het bedrijf van schadeverzekeraar kan worden onderscheiden in de branches die zijn genoemd in de bij de Wft horende Bijlage Branches. Recht Direct kan in dit kader worden ondergebracht in Branche 17: Rechtsbijstand. In deze bijlage wordt de Branche Rechtsbijstand als volgt omschreven:

“verleende diensten en gemaakte kosten in het bijzonder met het oog op verhaal van door een verzekerde geleden schade en diens verdediging of vertegenwoordiging, zowel in als buiten rechte (met uitzondering van de werkzaamheden ter verdediging of vertegenwoordiging van een verzekerde die een verzekeraar krachtens een overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering mede in zijn eigen belang verricht).”

Geconcludeerd kan worden dat de rechtsbijstandverzekeraar zowel op grond van de begripsbepalingen van de Wft als op grond van de Bijlage Branches onder de categorie schadeverzekering als bedoeld in art. 2:27 Wft valt, en derhalve in beginsel vergunningplichtig is. In het navolgende wordt kort ingegaan op de praktische consequenties die dit met zich meebrengt.

5.3.2 De rol van De Nederlandsche Bank

De Nederlandsche Bank is op grond van art. 2:27 Wft de vergunningverlenende instantie voor wat betreft de schadeverzekeraar. Bij het verlenen van deze vergunning heeft DNB geen beleidsvrijheid, zo blijkt uit art. 2:31 lid 1 Wft. Wanneer een verzekeraar aan de wettelijke eisen voldoet, is DNB gehouden de vergunning te verlenen. Het betreft hier een zogenoemde gebonden beschikking: DNB mist beleidsvrijheid om een vergunning toe te kennen aan een verzekeraar die zich niet kwalificeert, noch kan DNB een vergunning weigeren aan een verzekeraar die formeel wel aan alle eisen voldoet.¹⁰²

⁹⁹ HR 2 mei 1997, LJV ZC2366.

¹⁰⁰ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/30, nr. 32.

¹⁰¹ Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p.21.

¹⁰² G.R. Boshuizen & B.H. Jager 2010, p. 108.

5.3.2.1 Vergunningeisen

Art. 2:31 Wft bepaalt aan welke eisen een levens- of schadeverzekeraar dient te voldoen om een vergunning van DNB te verkrijgen op grond van art. 2:27 lid 1 Wft. De betreffende eisen zijn te vinden in bijlage II bij dit rapport.

Wanneer de aanvrager van een vergunning redelijkerwijze niet kan voldoen aan onderdeel c, d, f, g of k, en deze doeleinden op een andere manier kunnen worden bereikt, kan DNB hiervoor een gehele of gedeeltelijke ontheffing verlenen.¹⁰³ Het betreft hier echter een discretionaire bevoegdheid: DNB hoeft de ontheffing niet te verlenen, ook al voldoet de aanvraag aan de minimale voorwaarde(n).¹⁰⁴

5.3.2.2 Wijzigen, intrekken of beperken van de vergunning

De Nederlandsche Bank kan een vergunning wijzigen, geheel of gedeeltelijk intrekken of beperken.¹⁰⁵ Omdat het hier een “kan” bepaling betreft, heeft DNB hieromtrent beleidsvrijheid. Om te bekijken in welke gevallen DNB dit kan doen, wordt hierbij verwezen naar Bijlage III bij dit rapport. Daarnaast omvat deze bijlage de situaties waarin DNB is gehouden de vergunning in te trekken.¹⁰⁶

5.4 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat wanneer Recht Direct op gaat treden als rechtsbijstandverzekeraar, rekening gehouden dient te worden met de bepalingen uit de Wet op het financieel toezicht. Immers, in de Wft is een verbodsbepaling opgenomen, die bepaalt dat het verboden is om zonder een daartoe door de Nederlandse Bank verleende vergunning het bedrijf van schadeverzekeraar uit te oefenen. Onderzoek naar het begrip schadeverzekeraar heeft tot de conclusie geleid dat de rechtsbijstandverzekering zoals Recht Direct deze wil gaan praktiseren onder de reikwijdte van dit begrip valt, en derhalve in beginsel vergunningplichtig is. Een blik in de Bijlage Branches bij de Wft onderbouwt deze conclusie, daar de Branche Rechtsbijstand onder de schadeverzekeringen wordt geschaard.

Daar De Nederlandsche Bank op het gebied van prudentieel toezicht als toezichthoudend orgaan en vergunningverlenende instantie is aangewezen, zal de vergunning bij deze instantie dienen te worden aangevraagd. Echter, om een vergunning als bedoeld in art. 2:27 lid 1 Wft te verkrijgen van De Nederlandsche Bank, dient aan een flink aantal voorwaarden te worden voldaan. Daar Recht Direct heeft aangegeven dit laatste juist te willen vermijden, zal derhalve moeten worden bekeken of er een mogelijkheid bestaat bovenstaande vergunningplicht te omzeilen.

¹⁰³ Artikel 2:31 lid 4 Wft.

¹⁰⁴ G.R. Boshuizen & B.H. Jager 2010, p. 117.

¹⁰⁵ Artikel 1:104 lid 1 Wft.

¹⁰⁶ Artikel 1:104 lid 2 Wft.

6 Recht Direct: verzekeraar versus vergunningplicht

Zoals reeds in hoofdstuk 5 aan de orde is gekomen, is bij Recht Direct enige tijd geleden de gedachte ontstaan om een vangnet te creëren voor haar klanten in de vorm van een rechtsbijstandverzekering. In voornoemd hoofdstuk is echter tevens aan de orde gekomen dat deze verzekeraars in beginsel vergunningplichtig zijn op grond van de Wet op het financieel toezicht. Onder meer vanwege de zware eisen die worden gesteld (zie vorig hoofdstuk) is een dergelijke vergunning voor Recht Direct echter geen optie. In dit hoofdstuk zal derhalve worden bekeken of er voor Recht Direct mogelijkheden zijn om wél op te treden als rechtsbijstandverzekeraar, maar daarbij niet vergunningplichtig te zijn.

6.1 Wijzigingen Wet op het financieel toezicht

In dit kader is het van belang om allereerst te bekijken welke wijzigingen er op zijn getreden in het kader van de vergunningplicht voor verzekeraars. Een groot gedeelte van het (Europese) toezichtsregime op de Nederlandse financiële markt is op 1 januari 2016 namelijk op de schop gegaan. Dit heeft gevolgen voor de Nederlandse financiële markt en daarmee voor (toekomstige) verzekeraars. Verschillende richtlijnen en de daarmee samenhangende implementatiewetten hebben voor aanpassingen gezorgd in onder meer de Wet op het financieel toezicht. In het navolgende zullen deze wijzigingen worden besproken, waarna gekeken wordt of er voor Recht Direct manieren zijn om – zonder vergunningplichtig te zijn – op te treden als rechtsbijstandverzekeraar.

6.1.1 Richtlijn Solvency II

In het vorige hoofdstuk is het prudentiële toezichtsregime voor schadeverzekeraars uiteengezet, waarbij art. 2:27 Wft als uitgangspunt is gebruikt. Echter, sinds 1 januari 2016 zijn er meerdere bepalingen omtrent de vergunningplicht die direct op schadeverzekeraars (en dus rechtsbijstandverzekeraars) van toepassing zijn, welke in dit hoofdstuk zullen worden behandeld. Het prudentiële toezichtsregime is sinds 1 januari 2016 immers ingrijpend herzien door invoering van de Richtlijn Solvency II¹⁰⁷ (hierna ook wel: “de Solvency II-richtlijn” of “de richtlijn”) en de gedelegeerde verordening van de Europese Commissie¹⁰⁸ tot aanvulling van deze richtlijn. De Solvency II-richtlijn en deze verordening tezamen, omvatten een sterk vernieuwd toezichtskader dat toepassing vindt voor de verzekeraars die onder de reikwijdte ervan vallen (zie hiervoor paragraaf 6.1.1.2.).

De Richtlijn Solvency II is een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf binnen de lidstaten. De richtlijn is reeds op 25 november 2009 aangenomen, maar is dus pas sinds kort in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. De bedoeling was aanvankelijk om dit reeds in 2012 te bewerkstelligen, maar dit bleek in de praktijk niet haalbaar.¹⁰⁹ De Omnibus II-richtlijn¹¹⁰ uit 2014, die de Solvency II-richtlijn op bepaalde punten heeft aangepast, heeft derhalve vastgesteld dat de Solvency II-richtlijn per 1 januari 2016 dient te worden toegepast.¹¹¹ Middels de Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II¹¹² en het Implementatiebesluit richtlijn en verordening solvabiliteit II¹¹³, welke op

¹⁰⁷ Richtlijn 2009/138/EG.

¹⁰⁸ Verordening (EU) 2015/35.

¹⁰⁹ B. Bierman e.a. 2015, p. 103.

¹¹⁰ Richtlijn 2014/51/EU.

¹¹¹ Artikel 7 lid 2 van richtlijn 2014/51/EU.

¹¹² Deze wet implementeert de Solvency II-richtlijn met name door wijziging van de Wet op het financieel toezicht.

¹¹³ Dit besluit implementeert de Solvency II-richtlijn met name door wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit prudentieel toezicht financiële groepen Wft.

1 januari 2016 in werking zijn getreden, is de Solvency II-richtlijn – inclusief de wijzigingen die zijn aangebracht door de Omnibus II-richtlijn – doorgevoerd in de Nederlandse wetgeving.

6.1.1.1 De strekking van de Solvency II-richtlijn

De kern van de Solvency II-richtlijn is de invoering van risicogebaseerd toezicht, waarbij de aard en de omvang van de risico's de hoogte van de toezichtseisen bepalen. Solvency II heeft met name gezorgd voor wijzigingen in de solvabiliteitseisen voor (her)verzekeraars. Met de richtlijn wordt gestreefd naar een betere werking van de interne verzekeringsmarkt en een betere bescherming van verzekeringnemers en begunstigden. De richtlijn richt zich volledig op het prudentiële toezicht.¹¹⁴ Met name de financiële eisen die aan verzekeraars worden gesteld zijn middels de richtlijn gewijzigd. Een uitgebreide beschrijving van het (deels) vernieuwde toezichtsraamwerk gaat de omvang van dit onderzoek te buiten. De gevolgen voor de vergunningplicht voor verzekeraars op de Nederlandse financiële markt zullen vanzelfsprekend wel worden behandeld.

6.1.1.2 Het toepassingsbereik van de Solvency II-richtlijn

De tekst van de Solvency II-richtlijn leert dat in het toezicht een onderscheid wordt gemaakt tussen verzekeraars die onder het toepassingsbereik van de richtlijn vallen en verzekeraars die hier buiten vallen (verzekeraars met beperkte risico-omvang). Dit toepassingsgebied – dat van belang is voor de vergunningplicht voor verzekeraars – is neergelegd in art. 4 van de Solvency II-richtlijn.¹¹⁵ Dit artikel bepaalt dat de richtlijn niet van toepassing is op een verzekeringsonderneming die aan bepaalde voorwaarden voldoet. Deze voorwaarden zijn beschreven in Bijlage IV. Wordt één van deze voorwaarden drie achtereenvolgende jaren overschreden, dan is de richtlijn vanaf het vierde jaar van toepassing.

Door de invoering van de Solvency II-richtlijn zal de vergunning voor schadeverzekeraars, besproken in hoofdstuk 5 en gecodificeerd in art. 2:27 lid 1 Wft, worden omgezet in een Solvency II-vergunning. Art. XII lid 1 van de Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II maakt hierbij onderscheid tussen schadeverzekeraars die wel en die niet voldoen aan bovenstaand art. 4 van de Solvency II-richtlijn. Voldoe je niet aan dit artikel (en val je dus onder de reikwijdte van de richtlijn), dan is de vergunning die is verleend op grond van art. 2:27 lid 1 Wft op 1 januari 2016 van rechtswege omgezet in een Solvency II-vergunning (de grondslag hiervoor blijft art. 2:27 lid 1 Wft, zie hiervoor sub a van bovengenoemd art. XII lid 1). Overigens is zo'n onderneming ook vergunningplichtig op grond van art. 14 van de Solvency II-richtlijn. Voldoe je echter wel aan art. 4 van de Solvency II-richtlijn (en val je dus niet onder de reikwijdte van de richtlijn), dan is deze vergunning op 1 januari 2016 van rechtswege omgezet in een vergunning als bedoeld in art. 2:48 lid 1 Wft (zie hiervoor sub b van eerdergenoemd art. XII lid 1). Dit artikel zegt dat het verboden is zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf van schadeverzekeraar met beperkte risico-omvang uit te oefenen.

Kortom: het toepassingsbereik van de Richtlijn Solvency II ligt besloten in artikel 4. Voldoet een onderneming niet aan deze voorwaarden, dan is deze vergunningplichtig op grond van art. 14 van de richtlijn en op grond van art. 2:27 lid 1 Wft. Voldoet een onderneming echter wel aan de voorwaarden, dan valt deze niet meer onder het toepassingsbereik van de

¹¹⁴ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 273, nr. 3, p.1.

¹¹⁵ Ook art. 7 en art. 10 van de Solvency II-richtlijn bevatten bepalingen inzake de reikwijdte van de richtlijn, maar deze hebben betrekking op respectievelijk onderlinge verzekeringsondernemingen en levensverzekeringen.

richtlijn, maar is de onderneming nog wel vergunningplichtig op grond van art. 2:48 lid 1 Wft. Dit laatste noemt met ook wel het Solvency II Basic-regime.

6.1.2 Het Solvency II Basic-regime

Zoals uiteengezet in de vorige paragraaf is de Solvency II-richtlijn niet op alle verzekeraars van toepassing. Voor verzekeraars die niet onder deze richtlijn vallen (de verzekeraars met beperkte risico-omvang), zal er een aangepast en vereenvoudigd toezichtsregime gelden genaamd: Solvency II Basic. De uitwerking van de regels waaraan verzekeraars moeten voldoen die binnen de reikwijdte van het Solvency II Basic-regime vallen, vindt vrijwel geheel plaats in lagere regelgeving.¹¹⁶

Uitgangspunt van dit regime is de Solvency II-richtlijn. Aan de hand van de punten van deze richtlijn is bekeken welke elementen van de richtlijn wel, niet, dan wel in aangepaste vorm van toepassing dienen te zijn op de kleine verzekeraars. Het toezichtskader is derhalve in opzet vergelijkbaar met Solvency II, maar is minder belastend en houdt meer rekening met de specifieke kenmerken van de verzekeraar.¹¹⁷

Voor de toepassing van Solvency II Basic wordt in de nieuwe Wft een definitie opgenomen van “verzekeraar met beperkte risico-omvang”.¹¹⁸ Daarvoor wordt uitgegaan van het eerder genoemde art. 4 van de Solvency II-richtlijn. Het toezichtskader van de richtlijn is dus niet van toepassing, maar voor deze verzekeraars wordt in de Wft en in lagere regelgeving een aangepast toezichtskader, bekend als Solvency II Basic, ingericht.¹¹⁹

Ook deze “kleine” verzekeraars die onder het Solvency II Basic-regime vallen, moeten een vergunning aanvragen bij de Nederlandsche Bank.¹²⁰ De grondslag hiervoor ligt in het eerder genoemde art. 2:48 lid 1 Wft. De enkele omstandigheid dat een schadeverzekeraar voldoet aan art. 4 van de Solvency II-richtlijn is derhalve niet voldoende om een vergunningplicht af te wenden.

6.1.3 Vrijstellingsregeling Wft

Ten gevolge van de invoering van de Solvency II-richtlijn in de Nederlandse wetgeving, heeft er een scala aan wijzigingen plaatsgevonden in verschillende wetten, regelingen en andersoortige nationale regelgeving. Eén van de regelingen die wordt aangepast naar aanleiding van de Solvency II-richtlijn is de Vrijstellingsregeling Wft. Deze regeling bepaalt welke ondernemingen onder welke voorwaarden worden vrijgesteld van verschillende verplichtingen uit de Wft. Tot voorkort bevatte de Vrijstellingsregeling Wft echter geen bepaling die ondernemingen vrij kan stellen van de vergunningplicht als bedoeld in art. 2:27 lid 1 Wft. Hier is sinds 1 januari 2016 echter verandering in gekomen.

Op 7 oktober 2015 is immers een regeling¹²¹ van de Minister van Financiën doorgevoerd die strekt tot wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft. In het kader van dit onderzoek is een – voor de schadeverzekeraar – erg ingrijpende wijziging doorgevoerd middels de invoering van de nieuwe paragraaf 2.0b. Deze paragraaf gaat onder andere over de schadeverzekeraar

¹¹⁶ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 273, nr. 3, p. 4.

¹¹⁷ B. Bierman e.a. 2015, p. 150.

¹¹⁸ Zie hiervoor art. 1.1 Wft.

¹¹⁹ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 273, nr. 3, p. 4.

¹²⁰ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 273, nr. 3, p. 4.

¹²¹ Regeling van de Minister van Financiën van 7 oktober 2015, FM 2015-0000012489, directie Financiële Markten, tot wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft en enkele andere regelingen met het oog op de vrijstelling van kleine natura-uitvaartverzekeraars en kleine schadeverzekeraars en ter implementatie van de richtlijn Solvabiliteit II.

met beperkte risico-omvang. Art. 1e van de regeling¹²² bepaalt namelijk dat van art. 2:48 lid 1 Wft zijn vrijgesteld schadeverzekeraars:

- a. waarvan een jaarlijkse bruto geboekte premie-inkomsten niet meer bedragen dan €2.000.000;
- b. waarvan de technische voorzieningen, berekend overeenkomstig titel 9, afdeling 15, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (...) niet meer bedragen dan €10.000.000;
- c. die niet behoort tot een groep waarvan de totale technische voorzieningen, berekend overeenkomstig titel 9, afdeling 15, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, meer dan €25.000.000 bedragen of waarvan een verzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, deel uitmaakt;
- d. (...) ¹²³
- e. die geen ander bedrijf uitoefenen dan het schadeverzekeringsbedrijf, met uitzondering van handelsactiviteiten die voortvloeien uit het schadeverzekeringsbedrijf en het uitoefenen van het bedrijf van herverzekeraar in de activiteit schadeherverzekering;
- f. die geen verzekeringen sluiten met een dekking van meer dan €12.500 per begunstigde per potentieel geval; en
- g. die geen schade verzekeren veroorzaakt door gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten (...), zolang DNB geen bedenkingen naar voren brengt.

Wanneer een schadeverzekeraar aan bovenstaande voorwaarden voldoet, is deze vrijgesteld van de vergunningplicht van art. 2:48 lid 1 Wft. Dientengevolge is ook het Solvency II Basic-regime op deze verzekeraars niet van toepassing.

Verzekeraars die op grond van bovenstaand art. 1e van de Vrijstellingsregeling Wft zijn vrijgesteld, vallen in beginsel niet meer onder het toezicht van De Nederlandsche Bank.¹²⁴ In art. 1e lid 2 van de Vrijstellingsregeling Wft is voorts bepaald dat art. 1d, tweede tot en met vijfde lid van de Vrijstellingsregeling Wft, van overeenkomstige toepassing is. Hieruit vloeit onder meer voort dat de vrijgestelde schadeverzekeraar aan de verzekeringnemers moet mededelen dat hij niet meer onder toezicht staat van de Nederlandsche Bank. Daarnaast dient de Nederlandsche Bank op de hoogte gehouden te worden van eventuele wijzigingen in de onderneming die relevant zijn voor de toepassing van de vrijstelling van het eerste lid. Lid 5 bepaalt namelijk dat wanneer de in lid 1, onderdeel a tot en met d genoemde bedragen onderscheidenlijk percentages drie achtereenvolgende jaren worden overschreden, de vrijstelling met ingang van het vierde jaar niet meer van toepassing is.

6.2 Uitzonderingsbepalingen van paragraaf 1.1.2.3 Wft

In paragraaf 1.1.2.3 van de Wft zijn enkele bepalingen opgenomen die gaan over de reikwijdte van de wet met betrekking tot de financiële onderneming van verzekeraar. Interessant hierbij is art. 1:10 aanhef en sub a Wft. Dit artikel impliceerde namelijk dat bij algemene maatregel van bestuur was bepaald welke regels uit de Wft die betrekking hadden op de uitoefening van het bedrijf van schadeverzekeraar, niet van toepassing waren op

¹²² Dit artikel is één op één ingevoerd in de Wft. Ook in de gewijzigde Wft is dit dus artikel 1e.

¹²³ Sub d gaat over de herverzekeraar, een vorm van verzekeren die voor Recht Direct niet interessant is.

¹²⁴ B. Bierman e.a. 2015, p. 151.

verzekeraars die de onderlinge waarborgmaatschappij als rechtsvorm hadden. Deze diende dan wel van beperkte omvang te zijn en zetel te hebben in Nederland.

Sinds 1 januari 2016 is hier – met de invoering van de Solvency II-richtlijn – verandering in gekomen. De onderlinge waarborgmaatschappijen van beperkte omvang zullen – afhankelijk van de omvang van de onderneming – ofwel in het Solvency II Basic regime, ofwel in het regime voor vrijgestelde verzekeraars terecht komen.¹²⁵ Het voeren van een onderlinge waarborgmaatschappij brengt met betrekking tot de vergunningplicht derhalve geen specifieke voordelen meer met zich mee en zal derhalve niet verder worden behandeld.

6.3 Conclusie

Uit bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het nieuwe Europese toezichtsregime op verzekeraars ingrijpende gevolgen met zich meebrengt voor de verzekeringsbranche. Deze gevolgen zijn voor Recht Direct echter niet per definitie nadelig. Sterker nog, middels de wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft wordt er voor de schadeverzekeraar (met beperkte risico-omvang) een mogelijkheid gecreëerd om dit bedrijf uit te oefenen zonder daarbij verplicht te zijn over een vergunning te beschikken.

De Solvency II-richtlijn maakt onderscheid tussen verzekeraars die onder de reikwijdte van de richtlijn vallen en verzekeraars die – gezien hun beperkte risico-omvang – niet onder de reikwijdte van de richtlijn vallen. Daarnaast is duidelijk geworden dat verzekeraars die onder de richtlijn vallen, vergunningplichtig zijn, zowel op grond van art. 14 van de richtlijn als op grond van art. 2:27 lid 1 Wft. Hierop is geen uitzondering mogelijk. Recht Direct zal dus allereerst, wanneer zij optreedt als rechtsbijstandverzekeraar, ervoor moeten zorgen dat er wordt voldaan aan de vereisten van art. 4 van de richtlijn. Kan Recht Direct hier niet aan voldoen, dan is een vergunningplicht onafwendbaar.

Echter, ook wanneer Recht Direct haar onderneming zodanig inricht dat zij niet onder de Solvency II-richtlijn valt, is een vergunningplicht nog niet afgewend. Immers, de verzekeraar met beperkte risico-omvang is in beginsel vergunningplichtig op grond van art. 2:48 lid 1 Wft en valt zodoende onder het Solvency II Basic-regime. Dit regime kan echter, in tegenstelling tot het Solvency II-regime, wél worden omzeild. De wijzigingen die plaats hebben gevonden in de Vrijstellingsregeling Wft biedt hiertoe een prima mogelijkheid. De Vrijstellingsregeling Wft bepaalt immers dat wanneer een schadeverzekeraar aan bepaalde eisen voldoet, deze verzekeraar vrij is gesteld van de vergunningplicht op grond van de Wft. De jaarlijkse bruto geboekte premie-inkomsten mogen niet meer bedragen dan €2.000.000, bepaalde technische voorzieningen mogen niet meer bedragen dan €10.000.000 en er mogen geen verzekeringen worden afgesloten met een dekking van meer dan €12.500 per begunstigde per potentieel geval. Ook mag Recht Direct niet tot een groep behoren waarvan de totale technische voorzieningen meer dan €25.000.000 bedragen of waarvan een verzekeraar – niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang – deel uitmaakt. Deze eisen brengen met zich mee dat de potentiële groei van een “vergunningloos” Recht Direct als rechtsbijstandverzekeraar beperkt is. Daarnaast mag Recht Direct, een enkele uitzondering daargelaten, geen ander bedrijf uitoefenen dan het schadeverzekeringsbedrijf, waardoor het mogelijk een lastig verhaal wordt om naast het afsluiten van verzekeringen de huidige diensten te blijven verlenen. Tot slot mogen er geen schaden worden verzekerd veroorzaakt door onder meer gewapend conflict, burgeroorlog, opstand en binnenlandse onlusten.

¹²⁵ B. Bierman e.a. 2015, p. 119.

7 Conclusies en aanbevelingen

In deze afstudeerscriptie is onderzoek gedaan naar twee verschillende onderwerpen, met als gemeenschappelijke factor dat ze beide betrekking hebben op de rechtsbijstandverzekeraar. Deze twee onderwerpen hebben, zoals reeds in de inleiding naar voren is gekomen, geresulteerd in onderstaande centrale vraag:

Zijn de wijzigingen die rechtsbijstandverzekeraars Stichting Achmea Rechtsbijstand, DAS en ARAG sinds de uitspraak van het Europese Hof van 7 november 2013 hebben doorgevoerd in hun polisvoorwaarden in overeenstemming met de Europese en nationale regelgeving en is er een mogelijkheid voor Recht Direct om zelf als (quasi-) rechtsbijstandverzekeraar op te gaan treden, zonder daarbij vergunningplichtig te zijn?

In paragraaf 7.1 zal een onderbouwd antwoord op bovenstaande vraag worden gegeven. Tot slot worden de aanbevelingen die hieromtrent kunnen worden gedaan in paragraaf 7.2 opgenomen.

7.1 Conclusies

De vrije advocaatkeuze vindt haar grondslag in een richtlijn van de Europese Raad¹²⁶, en is in ons nationale recht gecodificeerd in art. 4:67 lid 1 Wft. De laatste jaren is de discussie omtrent dit recht opgelaaide, mede door diverse arresten die in dit kader zijn geweest. Vanaf 2009 zijn achtereenvolgens het Eschig-arrest¹²⁷, het Stark-arrest¹²⁸ en het Sneller/DAS-arrest¹²⁹ geweest door het Europese Hof van Justitie, waarbij laatstgenoemd arrest de discussie tot het kookpunt heeft doen toenemen. In dit arrest zijn namelijk twee belangrijke prejudiciële vragen van de Hoge Raad beantwoord. Kort gezegd is het rechtsbijstandverzekeraars naar aanleiding van dit arrest niet langer toegestaan, om – naast het beding dat bepaalt dat rechtsbijstand in beginsel door eigen werknemers wordt verleend – in de polisvoorwaarden het beding op te nemen dat de kosten van een vrij gekozen advocaat slechts worden vergoed indien de verzekeraar van mening is dat de behandeling van de zaak aan een externe rechtshulpverlener moet worden uitbesteed. Het maakt hierbij geen verschil of rechtsbijstand voor de betreffende procedure naar nationaal recht al dan niet verplicht is. Middels bovenstaande uitspraken heeft het recht op vrije advocaatkeuze weliswaar vorm gekregen, de discussie hieromtrent is nog niet verstomd. Het Europese Hof is inmiddels alweer tweemaal verzocht antwoord te geven op prejudiciële vragen, die betrekking hebben op (de reikwijdte van) de vrije advocaatkeuze. Reeds nu kan derhalve worden geconcludeerd dat toekomstige (Europese) rechtspraak nodig zal zijn om met name de vertaalslag naar de praktijk verder in te kleuren.

Vervolgens is bekeken in welk opzicht de Sneller/DAS-uitspraak van het Europese Hof gevolgen heeft gehad voor de verzekeringsbranche, en hoe dit tot uiting komt in de polisvoorwaarden van drie grote verzekeraars (SAR, DAS en ARAG). Immers, de aanvankelijke interpretatie van het recht op vrije advocaatkeuze van rechtsbijstandverzekeraars (de verzekeraar moet van mening zijn dat er moet worden uitbesteed) is door de Sneller/DAS-uitspraak als onrechtmatig bestempeld. Dientengevolge hebben voornoemde verzekeraars wijzigingen doorgevoerd in de polisvoorwaarden. Zo heeft DAS de bepaling dat er vrije advocaatkeuze bestaat wanneer DAS een advocaat inschakelde, gewijzigd; op grond van de huidige polisvoorwaarden bestaat er recht op vrije advocaatkeuze indien het nodig is om een gerechtelijke of administratieve procedure te

¹²⁶ Artikel 4 lid 1 van richtlijn 87/344/EEG.

¹²⁷ HvJ EU 10 september 2009, nr. C-199/08, NJ 2009, 539 (Eschig/UNIQA).

¹²⁸ HvJ EU 26 mei 2011, zaaknummer C-293/10 (Stark).

¹²⁹ HvJ EU 13 november 2013, zaaknummer C-442/12 (Sneller/DAS).

voeren. Daarnaast heeft DAS externe kostenmaxima aanzienlijk verlaagd. ARAG heeft voorts de bepaling dat er enkel vrije advocaatkeuze bestond in geval van procesmonopolie uit de voorwaarden geschrapt. Ook heeft ARAG de kostenmaxima enigszins verlaagd, maar op het eerste oog lang niet zo extreem als bij DAS het geval was.¹³⁰ SAR daarentegen heeft de polisvoorwaarden echter zo goed als ongewijzigd gelaten. Geconcludeerd kan worden dat de verzekeraars nog steeds de grenzen van het toelaatbare opzoeken.

Wát er in dit kader toelaatbaar is, is onderzocht in het vierde hoofdstuk. Allereerst is onderzocht of het beroep op de en-bloc clause door DAS voldoet aan de eisen die door de wet, maar vooral door de jurisprudentie zijn gesteld. Een en-bloc bepaling is een beding in de algemene voorwaarden dat de verzekeraar het recht geeft de algemene voorwaarden eenzijdig te wijzigen. Aan de hand van drie rechterlijke uitspraken is het beroep op de en-bloc clause getoetst op rechtsgeldigheid. Hieruit is onder meer gebleken dat het beroep hierop gebonden is aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW, er sprake moet zijn van zeer bijzondere omstandigheden en de clause een begrenzing kent in de vorm van art. 3:13 lid 1 BW (misbruik van bevoegdheid). Bij de belangenafweging die de rechter als gevolg hiervan maakt, is duidelijk geworden dat in grote mate rekening wordt gehouden met de vermogenspositie van de verzekeraar. In dit kader kan worden geconcludeerd dat gezien de omstandigheden van het geval, waar volgens de rechtbank¹³¹ steeds naar moet worden gekeken, er met recht kan worden getwijfeld aan de rechtsgeldigheid van het gebruik van de en-bloc clause naar aanleiding van de Sneller/DAS-uitspraak door DAS. Wat betreft de inhoudelijke beperkingen in de polisvoorwaarden, kan niet worden gesteld dat deze zonder meer stroken met de Europese en nationale jurisprudentie. Een inhoudelijke beoordeling is echter vaak – door een gebrek aan nationale jurisprudentie op dit vlak – lastig te maken.

Naast het onderzoek inzake het recht op vrije advocaatkeuze, is er tevens een onderzoek ingesteld naar de vergunningplicht die ingevolge de Wft in beginsel rust op de rechtsbijstandverzekeraar. Art. 2:27 lid 1 Wft stelt in dit kader dat het verboden is zonder een vergunning van De Nederlandsche Bank het bedrijf uit te oefenen van schadeverzekeraar. Onderzoek van het begrip schadeverzekeraar heeft vervolgens laten zien dat de rechtsbijstandverzekeraar – zoals Recht Direct deze mogelijk wil gaan praktiseren – onder het begrip schadeverzekeraar kan worden geschaard, en derhalve in beginsel vergunningplichtig is. Derhalve zal – gezien het feit dat Recht Direct weliswaar op wil gaan treden als rechtsbijstandverzekeraar, maar daarbij niet vergunningplichtig wil zijn – verder moeten worden onderzocht of er een mogelijkheid bestaat om deze vergunningplicht te omzeilen en de wens van Recht Direct daarmee te realiseren.

Dit laatste is zodoende onderzocht in hoofdstuk 6. Hieruit is gebleken dat het toezichtsregime op (schade)verzekeraars sinds 1 januari 2016 ingrijpend is veranderd met de implementatie van de Richtlijn Solvency II¹³² en de gedelegeerde verordening van de Europese Commissie¹³³ tot aanvulling van deze richtlijn. Gebleken is dat er naar aanleiding van deze implementatie verschillende “regimes” zijn ontstaan voor onder meer schadeverzekeraars. Afhankelijk van de grootte van de onderneming wordt een verzekeraar binnen een bepaald regime geschaard. Uit het onderzoek blijkt dat het Solvency II-regime

¹³⁰ Het verdient opmerking dat het kostenmaximum bij ARAG indien een advocaat niet verplicht is, staat vermeld op het polisblad, en derhalve niet kon worden gedestilleerd uit de polisvoorwaarden.

¹³¹ Rb. (vzr.) Utrecht 8 juni 2007, LJN BA6717.

¹³² Richtlijn 2009/138/EG.

¹³³ Verordening (EU) 2015/35.

alsmede het Solvency II Basic-regime een vergunningplicht omvatten, waardoor moet worden bekeken of er een mogelijkheid is deze beide regimes te omzeilen. Hiertoe is Recht Direct sinds 1 januari 2016 een mogelijkheid geboden in de vorm van de gewijzigde Vrijstellingsregeling Wft. Voldoet Recht Direct namelijk aan de voorwaarden van art. 1e van deze regeling, dan is zij vrijgesteld van de genoemde vergunningplicht en valt zij in beginsel niet meer onder het toezicht van De Nederlandsche Bank. Om hieraan te voldoen, moeten de bruto premie-inkomsten onder de €2.000.000 per jaar blijven, mogen technische voorzieningen niet meer bedragen dan €10.000.000 en mogen ze geen verzekeringen sluiten met een dekking van meer dan €12.500 per begunstigde per potentieel geval. Qua technische voorzieningen zit Recht Direct op het moment goed, de overige twee voorwaarden kunnen pas te zijner tijd worden bekeken. Uit bovenstaande cijfers kan in elk geval worden geconcludeerd dat de groeimogelijkheden voor Recht Direct als verzekeraar, beperkt zijn. Daarnaast mag Recht Direct geen ander bedrijf uitoefenen dan het schadeverzekeringsbedrijf, met uitzondering van handelsactiviteiten die voortvloeien uit het schadeverzekeringsbedrijf en het uitoefenen van het bedrijf van herverzekeraar in de activiteit schadeherverzekering. Echter, gezien het feit dat Recht Direct haar huidige diensten wil blijven verlenen, zal dit nog wel eens hoofdbrekens op kunnen leveren. Ook mag Recht Direct geen schaden verzekeren veroorzaakt door gewapend conflict, burgeroorlog, opstand of binnenlandse onlusten. Tot slot is duidelijk geworden dat het voeren van een onderlinge waarborgmaatschappij sinds 1 januari 2016 geen voordelen meer met zich meebrengt ten aanzien van de vergunningplicht voor rechtsbijstandverzekeraars, waar dit voor die tijd nog wel zo was.

7.2 Aanbevelingen

In het verlengde van de conclusies kunnen er – naar aanleiding van dit onderzoek – verschillende aanbevelingen worden gedaan aan de opdrachtgever, Recht Direct.

7.2.1 Informeer klanten met een rechtsbijstandverzekering tijdens de bedrijfsscan

Wanneer Recht Direct een bedrijf gaat screenen, wordt bij deze scan het verzekeringspakket onder de loep genomen. Uit deze scans blijkt dat het merendeel van de klanten van Recht Direct in het bezit is van een rechtsbijstandverzekering. Het verdient aanbeveling deze klanten te wijzen op het recht van vrije advocaatkeuze. Daarnaast wordt het aanbevolen te bekijken wat de polisvoorwaarden in dit kader bepalen, om de klant te wijzen op eventuele onrechtmatigheden. Zo kan de klant op zijn beurt worden geadviseerd hoe te handelen wanneer er een beroep wordt gedaan op de rechtsbijstandverzekering, en deze een beroep wil doen op het recht op vrije advocaatkeuze. Dit kan immers leiden tot meer klanten voor het aan Recht Direct gelieerde advocatenkantoor, Goorts + Coppens Advocaten.

7.2.2 Houd rekening met de eisen van art. 1e Vrijstellingsregeling Wft

In het kader van de vergunningplicht voor schadeverzekeraars, wordt het Recht Direct aanbevolen te kijken naar de eisen die zijn gesteld in art. 1e van het vernieuwde Vrijstellingsregeling Wft. Immers, gebleken is dat wanneer je als verzekeraar aan deze voorwaarden voldoet, je niet vergunningplichtig bent en in beginsel bent vrijgesteld van het toezicht van De Nederlandsche Bank. Omdat Recht Direct op die manier weet aan welke – met name met betrekking tot de grootte van de onderneming – eisen er moet worden voldaan, kan de organisatie hier reeds in een vroegtijdig stadium op worden ingericht. Het ene vereiste is niet belangrijker dan het andere, maar gezien het feit dat Recht Direct haar

huidige diensten wenst te blijven verlenen, wordt aanbevolen extra aandacht te schenken aan sub e van art. 1e van de Vrijstellingsregeling Wft.

7.2.3 Check regelmatig of de onderneming nog voldoet aan de eisen van art. 1e Vrijstellingsregeling Wft

Daarnaast verdient het aanbeveling op regelmatige basis te controleren of er nog steeds aan de eisen van art. 1e Vrijstellingsregeling Wft wordt voldaan. DNB dient namelijk op de hoogte te worden gehouden van eventuele wijzigingen van de onderneming die relevant zijn voor de toepassing van de vrijstelling van de vergunningplicht. Lid 5 bepaalt namelijk dat wanneer de in lid 1, onderdeel a tot en met d genoemde bedragen onderscheidenlijk percentages drie achtereenvolgende jaren worden overschreden, de vrijstelling met ingang van het vierde jaar niet meer van toepassing is.

7.2.4 Zorg voor compliance van polisvoorwaarden

Allereerst kan worden aanbevolen de polisvoorwaarden, wanneer Recht Direct daadwerkelijk overgaat tot het voeren van het bedrijf van schadeverzekeraar, direct in overeenstemming te brengen met de eisen die het recht op vrije advocaatkeuze met zich meebrengt. Zorg ervoor dat het recht op vrije advocaatkeuze niet afhankelijk van de eigen mening van Recht Direct over het al dan niet uitbesteden van de zaak, en maak daarbij geen verschil of er sprake is van procesmonopolie. Ben ook voorzichtig met de bepaling die zegt dat de verzekerde zijn of haar advocaat niet zelf mag inschakelen; het Kifid heeft reeds in twee uitspraken bepaald dat deze bepaling zich niet verhoudt met de ruime bescherming die het Sneller/DAS-arrest de verzekerden biedt. Daarnaast is het – gezien de hoge kosten die het uitbesteden van een zaak met zich mee kan brengen – wenselijk een kostenmaximum in te voeren. Hierbij dient echter te worden gewaarborgd dat de verzekerde een redelijke keuze overhoudt. Aangezien dit begrip door het gebrek aan jurisprudentie nog abstract is, wordt geadviseerd eventuele ontwikkelingen in de rechtspraak nauwlettend te volgen.

Vanzelfsprekend is het toegestaan de grenzen van het toelaatbare op te zoeken, maar het advies luidt nadrukkelijk om deze grenzen niet te overschrijden. Wanneer er immers een beroep dient te worden gedaan op de en-bloc clause, is Recht Direct gebonden aan meer eisen dan op het eerste gezicht lijkt. Het is derhalve geen uitgemaakte zaak dat de polisvoorwaarden tussentijds naar wens kunnen worden aangepast.

7.2.5 Houd de ontwikkelingen inzake het begrip “administratieve procedure” in de gaten

Zoals gesteld heeft zowel de Hoge Raad¹³⁴ als het Gerechtshof Amsterdam¹³⁵ het Europese Hof prejudiciële vragen gesteld inzake de reikwijdte van het begrip “administratieve procedure”. Gezien het feit dat het Europese Hof hieromtrent nog geen uitspraak heeft gedaan, is aan dit vraagstuk in deze scriptie verder geen aandacht besteed. Geadviseerd wordt echter om de ontwikkelingen dienaangaande in de gaten te houden. Immers, de uitspraken van het Europese Hof kunnen de reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze uitbreiden: worden beide vragen bevestigend beantwoord, dan ontstaat er voor de verzekerden tevens vrije advocaatkeuze in geval van een ontslagprocedure bij het UWV en tijdens de bezwaarfase bij het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ).

¹³⁴ HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901.

¹³⁵ Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5790.

Literatuur- en bronnenlijst

Boeken

N. van Tiggele-van der Velde e.a. 2014

N. van Tiggele-van der Velde, R.Ph. Elzas & J. Borgesius, *Tekst & Commentaar Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

E. van den Ing, 2012, p. 7

E. van den Ing, *Markttoegang financiële dienstverleners Wft*, Deventer: Kluwer 2012.

G.R. Boshuizen & B.H. Jager, 2010, p. 15

G.R. Boshuizen & B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/30

J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012.

B. Bierman e.a. 2015

B. Bierman e.a., *Hoofdlijnen Wft*, Deventer: Kluwer 2015.

Artikelen

Mr. B.M. Jonk-van Wijk & mr. M.B. Esseling, AV&S 2007, nr. 39, p. 256 & p. 257

B.M. Jonk-van Wijk & M.B. Esseling, "Redelijkheid en billijkheid bij de wijziging 'en bloc'", AV&S oktober 2007, nr. 39.

Elektronische bronnen

www.achmearechtsbijstand.nl

www.arag.nl

www.das.nl

www.dnb.nl

www.gca.nl

www.kifid.nl

www.rechtspraak.nl

eur-lex.europa.eu

Jurisprudentie

Europees Hof van Justitie

HvJ EU 10 september 2009, nr. C-199/08, NJ 2009, 539 (Eschig/UNIQA).

HvJ EU 26 mei 2011, zaaknummer C-293/10 (Stark).

HvJ EU 13 november 2013, zaaknummer C-442/12 (Sneller/DAS).

Hoge Raad der Nederlanden

HR 2 mei 1997, *LJN* ZC2366.

HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 160.

HR 28 september 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BW7507*.

HR 21 februari 2014, *ECLI:NL:HR:2014:396*.

HR 3 oktober 2014, *ECLI:NL:HR:2014:2901*

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 26 juli 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5339*.

Hof Amsterdam 23 december 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:5790*.

Rechtbanken

Rb. Utrecht (vzr.) 8 juni 2007, *LJN* BA6717.

Rb. Amsterdam (vzr.) 8 maart 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BR7547*.

Rb. Amsterdam 30 oktober 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:7138*.

Rb. Gelderland 3 september 2014, C-05-248895 / HZ ZA 13-158.

Wetgeving

Burgerlijk Wetboek

Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/35 van de Commissie van 10 oktober 2014 tot aanvulling van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II)

Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II

Implementatiebesluit richtlijn en verordening solvabiliteit II

Regeling van de Minister van Financien van 7 oktober 2015, FM 2015-0000012489, directie Financiële Markten, tot wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft en enkele andere regelingen met het oog op de vrijstelling van kleine natura-uitvaartverzekeraars en kleine schadeverzekeraars en ter implementatie van de richtlijn Solvabiliteit II

Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II)

Richtlijn 2014/51/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 tot wijziging van de Richtlijnen 2003/71/EG en 2009/138/EG, alsmede de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009, (EU) nr. 1094/2010 en (EU) nr. 1095/2010 wat de bevoegdheden van de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en

bedrijfspensioenen) en de Europese toezichhoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten) betreft (Omnibus II)

Richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan

Richtlijn 87/344/EEG van de Raad van 22 juni 1987 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering

Vrijstellingsregeling Wft

Wet op de economische delicten

Wet op het financieel toezicht

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3

Kamerstukken II 1988/98, 21 076, nr. 3

Kamerstukken II 1988/98, 21 076, nr. 6

Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5

Kamerstukken II 2001/02, 28 122, nr. 2

Kamerstukken II 2003/04, 29 708 nr. 3

Kamerstukken I 2004/05, 19 529, B

Kamerstukken I 2004/05, 19 529, E

Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19

Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19

Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 41

Kamerstukken 2011/12, 33 273, nr. 3