

zaaknummer 200.085.721/01 SKG
26 juli 2011

GERECHTSHOF AMSTERDAM

VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de naamloze vennootschap

DAS NEDERLANDSE RECHTSBIJSTAND VERZEKERINGMAATSCHAPPIJ N.V.,
gevestigd te Amsterdam,

APPELLANTE in het principaal appel, tevens GEÏNTIMEERDE in het
incidenteel appel,

advocaat: mr. W.A.M. Rupert te Rotterdam,

t e g e n

[geïntimeerde],

wonende te [woonplaats],

GEÏNTIMEERDE in het principaal appel, tevens APPELLANT in het
incidenteel appel,

advocaat: mr. J.A. Beekers te Apeldoorn.

Partijen worden hierna DAS en [geïntimeerde] genoemd.

1. Het geding in hoger beroep

Bij dagvaarding van 5 april 2011 is DAS in hoger beroep gekomen van het door de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam onder zaaknummer/rolnummer 482300 /KG ZA 11-212 tussen [geïntimeerde] als eiser en haar, DAS, als gedaagde geweest en op 8 maart 2011 uitgesproken vonnis in kort geding. De dagvaarding bevat de grieven.

DAS heeft tegen het vonnis waarvan beroep 11 grieven aangevoerd, producties overgelegd en geconcludeerd dat het hof de vordering van [geïntimeerde] met verbetering van gronden (opnieuw) zal afwijzen, met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van het geding in beide instanties.

Bij memorie heeft [geïntimeerde] de grieven bestreden, zelf bij wege van incidenteel appel tegen het vonnis drie grieven aangevoerd en geconcludeerd, in het principaal appel, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen en, in het incidenteel appel, dat het hof het vonnis gedeeltelijk zal vernietigen en, in zoverre opnieuw rechtdoende, zijn in eerste aanleg ingestelde vorderingen alsnog geheel zal toewijzen, met veroordeling van DAS in de kosten van het geding in beide instanties, in hoger beroep zowel in het principaal als in het incidenteel appel.

DAS heeft bij memorie de grieven in het incidenteel appel bestreden en geconcludeerd tot verwerping van dat appel, met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten ervan.

Partijen hebben ter terechtzitting van 24 juni 2011 hun zaak door hun advocaat doen bepleiten, waarbij de advocaat van DAS zich heeft bediend van aan het hof overgelegde pleitaanteekeningen. Bij die gelegenheid heeft DAS nog een productie in het geding gebracht.

Ten slotte hebben partijen het hof verzocht arrest te wijzen.

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft de in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.10 opgesomde feiten tot uitgangspunt genomen. Omtrent deze feiten bestaat geen geschil, zodat zij ook het hof tot uitgangspunt zullen dienen. In hoeverre de opsomming onvolledig is, zoals door DAS in grief 1 van het principaal appel wordt betoogd, zal, voor zover nodig, in het hieronderstaande aan de orde komen.

3. Beoordeling

3.1. Deze zaak gaat, samengevat, over het volgende.

(i) [Geïntimeerde] heeft bij Reaal Schadeverzekeringen N.V. (hierna Reaal), een rechtsbijstandsverzekering afgesloten. Op deze verzekeringsovereenkomst zijn onder meer de volgende algemene voorwaarden van toepassing.

1. De overeenkomst

(...)

De maatschappij heeft de uitvoering van de dekking aangewezen:

DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij N.V.

(...)

6. Verlenen van rechtsbijstand

1. DAS behandelt de aangemelde zaken. De zaken worden behandeld door de eigen medewerkers, waaronder mede begrepen advocaten die in dienstbetrekking staan tot DAS. DAS zal daarbij altijd, voorzover mogelijk in eerste instantie een regeling in der minne nastreven.

2. Indien een procedure in rechte gevoerd moet worden, zal DAS voor zover mogelijk zelf, de bijstand verlenen.

(...)

7. Uitbesteding van rechtsbijstandverlening aan advocaten en andere rechtens bevoegde deskundigen.

1. Indien ingevolge de voorwaarden of naar de mening van DAS een zaak aan een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige buiten DAS uitbesteed moet worden, heeft de verzekerde het recht deze naar eigen keuze aan te wijzen.

(...)

16. Geschillenregeling over de behandeling door DAS

(...)

De verzekerde kan een beroep doen op de onderstaande geschillenregeling als (...) hij het niet eens is met de wijze van juridische aanpak van de zaak. De verzekerde dient in dat geval schriftelijk aan DAS op basis van voor DAS bekende feiten en omstandigheden te motiveren waarom hij het niet eens is met DAS.

(...)

De geschillenregeling omvat het volgende:

a. DAS verzoekt een in Nederland ingeschreven advocaat, voor zover deze niet in dienstbetrekking staat van DAS, advies uit te brengen over de vraag of (...) de juridische aanpak van de zaak al dan niet de juiste is.

b. de verzekerde heeft hierbij het recht van vrije advocaatkeuze. (...)

f. deelt de advocaat de mening van de verzekerde, dan kan DAS

de zaak volgens het uitgebrachte advies verder behandelen. Behandelt DAS verder niet zelf, dan heeft verzekerde de vrije keuze wie de zaak verder volgens het uitgebrachte advies zal behandelen. De in het kader van deze geschillenregeling ingeschakelde advocaat of een kantoorgenoot van hem mag de zaak verder niet behandelen.

(...)

(ii) In december 2009 heeft Hilmar B.V. (hierna: Hilmar), de toenmalig werkgever van [geïntimeerde], aan het UWV toestemming verzocht de arbeidsovereenkomst met [geïntimeerde] te mogen beëindigen. [Geïntimeerde] heeft dit in januari 2010 gemeld aan DAS. De termijn om bij het UWV nog op het verzoek te kunnen reageren was toen reeds verstreken. De ontslagvergunning is verleend en de arbeidsovereenkomst van [geïntimeerde] is door Hilmar opgezegd en op 30 april 2010 geëindigd.

(iii) In opdracht van [geïntimeerde] heeft DAS vervolgens contact gezocht met Hilmar in verband met een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag. Vervolgens is een correspondentie op gang gekomen tussen [geïntimeerde], DAS en Hilmar. DAS heeft besloten lopende dit proces niet over te gaan tot het uitbrengen van een dagvaarding.

(iv) Bij brief van 15 december 2010 heeft [geïntimeerde], via mr. Beekers voornoemd, laten weten dat hij wenst dat DAS de behandeling van de zaak overdraagt aan mr. Beekers en toezegt de daaraan verbonden kosten op zich te nemen.

(v) DAS heeft nog dezelfde dag per e-mail aan mr. Beekers laten weten dat het [geïntimeerde] vrij staat om zijn zaken door hem te laten behandelen, maar dat DAS niet bereid is de daar-

aan verbonden kosten te vergoeden.

(vi) Bij brief van 20 december 2010 heeft mr. Beekers aan DAS meegedeeld dat [geïntimeerde] zich beroept op zijn recht op vrije advocaatkeuze. Verder wordt in die brief gesteld dat [geïntimeerde] het oneens is met de wijze waarop zijn zaak door DAS wordt behandeld. Om die reden doet mr. Beekers aan DAS het verzoek tot afgifte van het dossier "opdat ik het kan bestuderen en daarover bindend advies kan uitbrengen op kosten van de DAS".

(vii) Op de verzekeringsovereenkomst tussen Reaal en [geïntimeerde] is de Wet op het financieel toezicht (Wft) van toepassing. Artikel 4:67 Wft luidt, voor zover hier van belang:

"Een rechtsbijstandverzekeraar draagt er zorg voor dat in de overeenkomst inzake de rechtsbijstanddekking uitdrukkelijk wordt bepaald dat het de verzekerde vrij staat een advocaat of een andere rechtens bevoegde deskundige te kiezen indien:

a. een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige wordt verzocht de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen; of

b. zich een belangenconflict voordoet".

Deze bepaling is gebaseerd op Richtlijn van de Raad van 22 juni 1987 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering, 87/344/EEG (hierna: de Richtlijn).

(viii) [Geïntimeerde] vordert in deze procedure - samengevat - primair dat DAS wordt veroordeeld opdracht te verstrekken aan

een door hem aan te wijzen advocaat om hem in een procedure tegen Hilmar te vertegenwoordigen en diens honorarium en proceskosten voor haar rekening te nemen, en subsidiair dat DAS wordt veroordeeld een door hem aan te wijzen advocaat opdracht te geven bindend advies uit te brengen over de te volgen gedragslijn en, ingeval dit bindend advies inhoudt dat een procedure kans van slagen heeft, dat DAS wordt bevolen een door hem aan te wijzen advocaat opdracht te geven om hem in een procedure tegen Hilmar te vertegenwoordigen en diens honorarium en proceskosten voor haar rekening te nemen.

(ix) De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep de vorderingen van [geïntimeerde] afgewezen, met compensatie van de kosten van het geding, en daartoe, kort weergegeven en voor zover in hoger beroep van belang, overwogen

- dat artikel 4 van de Richtlijn zo moet worden uitgelegd dat, indien een procedure wordt gevoerd, de verzekerde op grond van het bepaalde in dit artikel en het daarop gebaseerde artikel 4:67 Wft steeds het recht heeft een advocaat te kiezen;
- dat dit recht ook bestaat in procedures waarin procesvertegenwoordiging niet verplicht is, zij het dat dan aanspraak bestaat op vrije keuze van een rechtshulpverlener die de verzekerde kan bijstaan in die procedure;
- dat, met inachtneming van de geschillenregeling, aan DAS het recht toekomt om te beslissen of het voeren van een procedure noodzakelijk is;
- dat, omdat DAS (inmiddels) de bereidheid had om tot dagvaarding over te gaan en het standpunt van [geïntimeerde] over de omvang van de schade en onregelmatigheden in de procedure bij het UWV in de vordering te betrekken, geen geschilpunten bestaan die voor bindend advies aan een advocaat kunnen worden voorgelegd.

3.2. Het principaal appel is gericht tegen diverse overwegingen in het vonnis en tegen de compensatie van de proceskosten. In het incidenteel appel komt [geïntimeerde] op tegen de afwijzing van de gevorderde voorzieningen.

3.3. Het hof zal de grievens 2 tot en met 9 in het principaal appel gezamenlijk behandelen. Deze grieven stellen aan de orde of de voorzieningenrechter artikel 4, lid 1, sub a van de Richtlijn/artikel 4:67 lid 1, sub a, Wft juist heeft uitgelegd.

3.4. Het hof stelt voorop dat DAS voldoet aan de in de leden 1 en 2 (sub b) van artikel 3 van de Richtlijn/ artikel 4:65, lid 1, sub a, resp. lid 2, sub a, jo. artikel 4:66 neergelegde eisen. In dit verband wordt opgemerkt dat, zoals ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep is besproken, Reaal het risico van deze rechtsbijstandsverzekering in herverzekering heeft gegeven aan DAS, een juridisch zelfstandige onderneming. DAS neemt derhalve ten opzichte van Reaal een zelfstandige positie in.

3.5. Kern van het betoog van DAS is dat, wil het recht op een vrije advocaatkeuze op de voet van artikel 4, lid 1, sub a van de Richtlijn/artikel 4:67 lid 1, sub a, Wft ontstaan, aan twee cumulatieve voorwaarden moet zijn voldaan, te weten 1. de rechtsbijstandverzekeraar moet een (externe) advocaat verzoeken de belangen van een verzekerde te behartigen (in de tekst van de genoemde artikelen: "wordt gevraagd"), en 2. er moet sprake zijn van een "gerechtelijke of administratieve procedure" . Volgens DAS is in deze zaak aan het tweede vereiste wel voldaan, maar aan het eerste niet.

3.6. Het hof deelt de zienswijze van DAS dat artikel 4:67, lid 1, sub a, Wft, waarmee artikel 4, lid 1, sub a van de Richtlijn geïmplementeerd is, aldus gelezen moet worden dat in een geval als het onderhavige, waarin een verzekering tot rechtsbijstand in natura (en derhalve geen kostenverzekering zoals genoemd in artikel 3, lid 2, sub c van de Richtlijn/artikel 4:65, lid 1, sub c, en lid 2, sub b, Wft) is overeengekomen, het recht op vrije advocaatkeuze niet reeds ontstaat door het (in voorkomende gevallen na een bindend advies te nemen) besluit om ten behoeve van de verzekerde een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren, maar dat daarvoor ook nodig is een besluit van de rechtsbijstandverzekeraar dat de zaak niet door een rechtshulpverlener in loondienst (niet zijnde advocaat) van de rechtsbijstandverzekeraar maar door een *externe* rechtshulpverlener zal worden behandeld. Pas dan doet zich de mogelijkheid voor van een belangenconflict zoals de Richtlijn dat met artikel 4, lid 1, sub a, heeft willen voorkomen, te weten (overweging 4 van de Richtlijn, voor zover thans relevant) "elk mogelijk belangenconflict (...) als gevolg van het feit dat deze (de verzekeraar) hem (de verzekerde) heeft verzekerd voor één of meer andere, in de bijlage van Richtlijn 73/239/EEG vermelde, branches". Het hof kan in de Richtlijn geen aanwijzing vinden dat het een rechtsbijstandverzekeraar, die voldoet aan de in artikel 3 van de Richtlijn gestelde eisen, niet is toegestaan in het kader van een rechtsbijstandverzekering in natura de zaak van haar verzekerde, daaronder ook begrepen de verlening van rechtsbijstand in een gerechtelijke of administratieve procedure, niet zelf te behandelen. Hetgeen in het Eschig-arrest (HvJ EG, 10 september 2009, C-199/08) door het Hof van Justitie (onder meer, onder 45) is overwogen, te weten dat de artikelen 4, 6 en 7 van de Richtlijn ertoe strekken "de belangen van de verzekerde ruim te be-

schermen, zonder dat zij zich beperken tot situaties waarin zich een belangenconflict voordoet", brengt daarin geen wijziging. Dat arrest had immers betrekking op het - zich in de onderhavige zaak niet voordoende - geval dat vaststond dat door een externe advocaat een procedure gevoerd moest worden. Het arrest leert dat in dat geval (derhalve: voldaan was aan de woorden 'wordt verzocht' als bedoeld in artikel 4, lid 1, sub a van de Richtlijn) de ruime aan de verzekerde toekomstige bescherming meebrengt dat de rechtsbijstandverzekeraar zich niet het recht kan voorbehouden zelf de rechtshulpverlener voor alle betrokken verzekerden te kiezen wanneer een groot aantal verzekeringsnemers schade lijdt door eenzelfde feit.

Evenmin kan worden aangenomen dat de Nederlandse wetgever met artikel 4:67 Wft aan verzekerden een verdergaand recht op vrije advocaatkeuze heeft willen verlenen dan uit de Richtlijn voortvloeit. De passages uit de wetsgeschiedenis waarop [geïntimeerde] zich in dit verband beroept, bieden daarvoor onvoldoende grond.

3.7. Het hof acht daarom juist de zienswijze van DAS dat zij, in de persoon van de bij haar in dienst zijnde mr. G.H. Grootnibbelink, die niet advocaat is, de door [geïntimeerde] tegen zijn werkgever te voeren procedure uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag zelf mocht behandelen en dat de (enkele) beslissing om - voor de kantonrechter - een procedure te gaan voeren, niet het recht van [geïntimeerde] deed ontstaan om zelf een rechtshulpverlener te kiezen.

3.8. Het hof merkt op dat het gegeven dat, indien DAS een procedure wil laten voeren door een bij haar in dienst zijnde advocaat, (wel) een recht op vrije advocaatkeuze bestaat (en de des-

betreffende DAS-advocaat verplicht is de verzekerde op dat recht te wijzen) aan het vorenoverwogene niet afdoet, omdat dit een en ander voortvloeit (niet uit de Richtlijn of de Wft maar) uit de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van de Nederlandse Orde van Advocaten.

3.9. Voor de volledigheid merkt het hof nog op dat, anders dan [geïntimeerde] betoogt, van een belangenconflict als bedoeld in artikel 4, lid 1, sub b, van de Richtlijn geen sprake behoeft te zijn indien tussen DAS en verzekerde een verschil van mening ontstaat over de omvang van de dekking en/of de wijze van behandeling door DAS van de zaak van de verzekerde. De bescherming van de belangen van de verzekerde in die gevallen wordt gegeven door artikel 6 van de Richtlijn, in Nederland geïmplementeerd in artikel 4:68 Wft. Tussen partijen is niet in dispuut dat de geschillenregeling opgenomen in artikel 16 van de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de rechtbijstandverzekering tussen Reaal en [geïntimeerde] voldoet aan de in genoemde artikelen neergelegde regelgeving.

3.10. Het vorenoverwogene brengt mee dat de grieven 1 tot en met 9 in het principaal appel slagen en dat de vorderingen van [geïntimeerde] reeds om genoemde reden niet toewijsbaar zijn. Tegen de achtergrond dat tussen partijen inmiddels geen geschil meer bestaat over de aanpak van de zaak (zij beiden oordelen dat een procedure moet worden gevoerd) en een bindend advies dienaangaande niet aan de orde is, is ook de subsidiaire vordering van [geïntimeerde] terecht afgewezen.

3.11. Uit het vorenoverwogene vloeit ook voort dat grief 10 in het principaal appel, waarin DAS opkomt tegen de beslissing van

de voorzieningenrechter om de proceskosten te compenseren, slaagt. Omdat het gelijk in dit geschil volledig ligt aan de zijde van DAS, bestond voor een compensatie van de proceskosten geen goede grond. Het vonnis waarvan beroep zal gedeeltelijk worden vernietigd en [geïntimeerde] zal alsnog in de kosten van het geding in eerste aanleg worden veroordeeld.

3.12. Bij verdere bespreking van de grieven in het principaal bestaat geen belang.

3.13. De grieven in het incidenteel appel kunnen niet slagen. Dit behoeft na het voorgaande geen bespreking meer.

3.14. In hoger beroep is [geïntimeerde], zowel in het principaal als in het incidenteel appel, als de in het ongelijk gestelde partij te beschouwen en hij zal daarom in de kosten van beide appellen worden veroordeeld.

4. Beslissing

Het hof:

in het principaal en in het incidenteel appel

- bekrachtigt, met verbetering van de gronden waarop het berust, het vonnis waarvan beroep voor zover daarin de gevorderde voorzieningen zijn afgewezen, en vernietigt dit vonnis voor zover daarin de proceskosten zijn gecompenseerd, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

zaaknummer 200.085.721/01 SKG

- veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het geding in eerste aanleg, tot deze uitspraak aan de zijde van DAS begroot op € 568,- aan verschotten en op € 816,- aan salaris;

- veroordeelt [geïntimeerde] (tevens) in de kosten van het geding in hoger beroep, tot deze uitspraak aan de zijde van DAS in het principaal beroep begroot op € 725,31 aan verschotten en op € 2.682,- aan salaris, en in het incidenteel appel begroot op € 1.341,- aan salaris

- verklaart deze proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus gewezen door mrs. G.J. Visser, G.C. Makkink en G.C.C. Lewin en in het openbaar door de rolraadsheer uitgesproken op 26 juli 2011.