

DE RECHTSBIJSTANDSVERZEKERING DE VRIJE KEUZE VAN EEN ADVOCaat: OOK IN DE PRE-GERECHTELIJKE FASE?

Piet Janssen

1 INLEIDING

De wet van 22 april 2019 tot het toegankelijker maken van de rechtsbijstandsverzekering heeft tot doel de toegang tot Justitie te verbeteren door het promoten van de rechtsbijstandsverzekering. Deze wet is geïnspireerd op de bepalingen van het KB-Onkelinx, maar beoogt een verruiming van de dekking die in het KB was bepaald. Daarnaast introduceert de Wet Rechtsbijstandsverzekering een belastingvermindering voor de premies voor rechtsbijstandsverzekeringen die voldoen aan een aantal voorwaarden inzake gedekte risico's, minimale dekking, waarborg en wachttijden. Deze bijdrage werpt een kritische blik op de krachtlijnen van de Wet Rechtsbijstandsverzekering.

Ondanks het feit dat wij in de praktijk vaststellen dat nog niet iedere rechtszoekende weet dat hij of zij in bepaalde omstandigheden recht heeft op "gratis" bijstand van een advocaat, zou de rechtsbijstandsverzekering toch effectief aan populariteit winnen.¹

Een stijgende populariteit van de rechtsbijstandsverzekering, betekent uiteraard dat er meer aanvragen gericht zullen worden tot de betrokken verzekeraars teneinde tussenkomst te verlenen in de kosten en erelonen van de advocaten.

Hierdoor zal er meer discussie ontstaan tussen rechtsbijstandsverzekeraars en advocaten/verzekerden omtrent de vraag in welke fase van het geschil de verzekerde/rechtszoekende beroep kan doen op een advocaat naar zijn keuze.

In wat volgt zullen wij de principes kort toelichten en de actuele tendensen in de rechtspraak belichten.

2 TOPICS

- Introductie en toelichting over de rechtsbijstandsverzekering.
- De vrije keuze van de advocaat: principes en de wetswijziging van 9 april 2017.
- Interessante arresten van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof.
- Tendens in de rechtsleer: de vrije keuze van advocaat heeft een algemene strekking en vindt mogelijks ook toepassing in de pre-gerechtelijke fase.

3 INTRODUCTIE: DE RECHTSBIJSTANDSVERZEKERING

¹ https://www-data.das.be/strapi/artikel_Trends_EVD_RB_wint_aan_populariteit_1_efd046e88d.pdf

1.

De rechtsbijstandsverzekering is een schadeverzekering, aangezien zij tot dekking strekt van een vermogensverlies (art. 5, 15° W.Verz.). Bedoeld vermogensverlies wordt veroorzaakt door de kosten die voortvloeien uit de betwisting of het geschil waarin de verzekerde betrokken is. De rechtsbijstandsverzekeraar is tot de tenlasteneming van deze kosten gehouden binnen de overeengekomen dekkingsgrenzen.

In de rechtsleer stelt men ook al eens dat de rechtsbijstandsverzekering tevens een zaakverzekering betreft, aangezien de verzekerde zaak het vermogen van de verzekerde in kwestie betreft.

Als schadeverzekering-zaakverzekering is de rechtsbijstandsverzekering in beginsel onderworpen aan de bepalingen van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen, die toepasselijk zijn op alle soorten verzekeringen (art. 54 tot 90), alsmede aan de bepalingen die eigen zijn aan schadeverzekeringen (art. 91 tot 101 en 105 tot 106) en zaakverzekeringen (art. 107 tot 114).

2.

Bij gebrek aan een risico komt er geen verzekeringsovereenkomst tot stand. Het risico vormt een wezenlijk bestanddeel van de verzekeringsovereenkomst. De verzekering is inderdaad nietig, wanneer bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het risico niet bestaat of reeds verwezenlijkt is (art. 79, lid 1 W.Verz.).

Het risico is de onzekere gebeurtenis die het schadegeval doet ontstaan.

In de rechtsbijstandsverzekering verbindt de verzekeraar zich ertoe diensten te verrichten en kosten op zich te nemen, teneinde de verzekerde in staat te stellen zijn rechten te doen gelden, als eiser of als verweerder, hetzij in een gerechtelijke, administratieve of andere procedure, hetzij los van enige procedure (art. 154 W.Verz.).

Uit dat wetsvoorschrift, dat het voorwerp van de dekking in de rechtsbijstandsverzekering aangeeft, wordt het verzekerde risico afgeleid, zijnde de omstandigheid dat de verzekerde hetzij als eiser, hetzij als verweerder in een geschil betrokken is, zelfs los van enige procedure.

Ingeval **de verzekerde verwerende partij is**, zijn er weinig moeilijkheden. De betwisting komt tot stand op het ogenblik dat de tegenpartij – in of buiten rechte – eisen stelt tegen de verzekerde. In deze hypothese geldt als enig voorbehoud voor de dekking dat de verzekerde zich niet kennelijk ten onrechte mag verzetten tegen de rechtmatige aanspraken van eisende partij. Zo dit het geval is, ligt de verzekerde aan de oorsprong van de betwisting of het geschil. Het risico wordt dan door zijn eigen daad verwezenlijkt, zodat de verzekeraar vrijuit gaat op grond van artikel 62 W.Verz.

Wanneer **de verzekerde als eisende partij** optreedt, ontstaat de betwisting of het geschil op het ogenblik dat hij zich genoodzaakt ziet zijn aanspraken – in of buiten rechte – tegenover de tegenpartij te laten gelden. De omstandigheid dat hij zijn aanspraken moet laten gelden, impliceert dat de wederpartij deze in min of meerdere mate aanvecht. Indien de wederpartij deze aanspraken zonder meer aanvaardt, is er geen betwisting.

Aanspraken laten gelden is geen zuivere potestatieve gebeurtenis. Er is een onzeker element aanwezig, m.n. de omstandigheid die aan de oorsprong ligt van de eis, zijnde de schuld of tekortkoming van de tegenpartij.

3.

De rechtsbijstandsverzekering **kan** een bijzonder ruime dekking bieden. Zij kan dekking verlenen voor zowel de gerechtelijke als buitengerechtelijke kosten, alsmede voor gelijk

welke diensten die in de dekking begrepen zijn met het oog op de verdediging van de belangen en/of de vertegenwoordiging van de verzekerde in of buiten een burgerrechtelijke, strafrechtelijke, administratieve of andere procedure en ongeacht of de verzekerde eisende dan wel verwerende partij is.

Een opsomming van dekking die geboden kan worden:

- Tussenkost in gerechtelijke kosten

Gerechtelijke kosten zijn alle kosten die rechtstreeks betrekking hebben op het verkrijgen van een gerechtelijke beslissing, ongeacht of die beslissing in het voordeel of nadeel uitvalt van de verzekerde. Het gaat om de volgende kosten: aanleg dossier, dagvaarding, rolrechten, onderzoeken van deskundigen, zegelrechten, rechtsplegingsvergoeding, kosten en erelonen van advocaat, tenuitvoerleggingskosten, etc. De meeste rechtsbijstandsverzekeraars verlenen eveneens dekking voor de bijdrage ter financiering van het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden, de bijdrage aan het Begrotingsfonds voor juridische tweedelijnsbijstand en de gerechtskosten (kosten van het geding in strafzaken) waartoe de verzekerde werd veroordeeld.

De dekking omvat niet de strafrechtelijke geldboeten en schikkingen in strafzaken (art. 155 W.Verz.). Een straf heeft immers een persoonlijk en individueel karakter.

Geldboeten en schikkingen, die ten laste komen van de persoon die burgerrechtelijk aansprakelijk is voor de veroordeelde, zijn daarentegen wel gedekt in de mate dat de verzekeringspolis dit voorziet. In dit geval vervalt het persoonlijk karakter van de straf.

- Tussenkost in buitengerechtelijke kosten

Buitengerechtelijke kosten zijn kosten die gemaakt worden om een gerezen betwisting in der minne te regelen of om een geding voor te bereiden.

De mogelijke dekking van buitengerechtelijke kosten wordt vermeld in artikel 154 W.Verz., dat stelt dat de rechtsbijstandsverzekeraar zich verbindt diensten te verrichten en kosten op zich te nemen, teneinde de verzekerde in staat te stellen zijn rechten te doen gelden, als eiser of als verweerder, ... ook los van enige procedure.

- Andere diensten

Sommige polissen voorzien ook in de dekking van de volgende prestaties: de reis- en verblijfkosten van de verzekerde wanneer hij voor een buitenlandse rechtbank moet verschijnen; het voorschieten van de borgsommen aan buitenlandse overheden om te voorkomen dat de verzekerde wegens een gedekt schadegeval in hechtenis wordt genomen ofwel om zijn in-vrijheidstelling te verkrijgen. De rechtsbijstandsverzekeraar verbindt zich doorgaans ook tot dienstenprestaties in natura, zoals adviesverstrekking, bemiddelings- en onderhandelingsinitiatieven met het oog op de minnelijke regeling van de zaak.

4 DE VRIJE KEUZE VAN ADVOCAAAT

4.1 Inleiding

1.

Het belangrijkste principe van de rechtsbijstandsverzekering is wellicht, althans vanuit ons oogpunt, de vrije keuze van de advocaat.

Het principe werd ingeschreven in richtlijn 87/344/EEG van de Raad van de Europese Unie van 22 juni 1987 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandsverzekering.

Opgelet: Deze richtlijn werd met ingang van 1 januari 2016 ingetrokken en vervangen door richtlijn 2009/138 betreffende de toegang tot de uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), zoals laatst geamendeerd door richtlijn 2013/58 van 11 december 2013. Artikel 4 van richtlijn 87/344 werd ongewijzigd artikel 201 van richtlijn 2009/138.

De principes en rechtspraak omtrent artikel 4 van richtlijn 87/344 zijn met andere woorden nog steeds relevant.

De richtlijn had tot doel de belemmeringen bij de markttoegang in de sector van de rechtsbijstandsverzekeringen weg te nemen, meer bepaald de belemmeringen ten gevolge van nationale regelingen ter voorkoming van belangenconflicten:

- Ofwel dient een zogenaamd “gescheiden beheer” voor de rechtsbijstandsverzekering te worden ingevoerd
- Ofwel dient de schaderegeling in de branche van de rechtsbijstandsverzekering toevertrouwd te worden aan een rechtens zelfstandige maatschappij (het zogenaamde “schaderegelingskantoor”).
- Ofwel dient aan de voor rechtsbijstand verzekerde het recht te worden verleend zijn advocaat te kiezen zodra hij de bijstand van de verzekeraar kan opeisen.

2.

De vrije keuze van advocaat wordt naar Belgisch recht geregeld door artikel 156 W.Verz. (het vroegere artikel 92 WLVO).

Tot de wet van 9 april 2017 bepaalde artikel 156 W.Verz. als volgt:

“In elke verzekeringsovereenkomst inzake rechtsbijstand uitdrukkelijk ten minste worden bepaald dat:

1° wanneer moet worden overgegaan tot een gerechtelijke of administratieve procedure, de verzekerde vrij is in de keuze van een advocaat of van iedere andere persoon die de vereiste kwalificaties heeft krachtens de op de procedure toepasselijke wet om zijn belangen te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen;

2° telkens er zich een belangenconflict met zijn verzekeraar voordoet, de verzekerde vrij is in de keuze van een advocaat of zo hij er de voorkeur aan geeft, iedere andere persoon die de vereiste kwalificaties heeft krachtens de op de procedure toepasselijke wet om zijn belangen te verdedigen”

Vóór de wet van 9 april 2017 moest de rechtsbijstandsverzekering bepalen dat de verzekerde vrij was om een advocaat te kiezen in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure.

4.2 De wetswijziging

1.

Vóór de wet van 9 april 2017 moest de rechtsbijstandsverzekering bepalen dat de verzekerde vrij was om een advocaat te kiezen in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure. De wet van 9 april 2017 (BS 25 april 2017) wijzigde hogervermeld artikel 156, 1° W.Verz.

Met de wet van 9 april 2017 tot wijziging van de wet van 4 april 2014 op de verzekeringen en *'ertoe strekkende de vrije keuze van een advocaat of iedere andere persoon die krachtens de op de procedure toepasselijke wet de vereiste kwalificaties heeft om zijn belangen te verdedigen in elke fase van de rechtspleging te waarborgen in het kader van een rechtsbijstandsverzekeringsovereenkomst'* werd artikel 156, 1° vervangen.

Voortaan zal de rechtsbijstandsverzekering uitdrukkelijk moeten voorzien dat wanneer moet worden overgegaan tot een gerechtelijke, administratieve of arbitrageprocedure, de verzekerde vrij een advocaat of iedere andere persoon kan kiezen die de vereiste kwalificaties heeft om zijn belangen te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen.

Daarbij komt ook dat, in het geval van arbitrage, bemiddeling of een andere erkende buitengerechtelijke vorm van geschillenbeslechting, de verzekerde vrij een persoon kan kiezen die de vereiste kwalificaties heeft en die daartoe is aangewezen, als arbiter of als bemiddelaar. Aangenomen mag worden dat de wetgever daarmee bedoeld heeft dat de rechtsbijstandsverzekeraar de kosten en erelonen van onder meer de arbiter en de bemiddelaar draagt

Concreet maakt de wetgever sinds voormelde wetswijziging dus een onderscheid tussen:

- Een gerechtelijke, administratieve of arbitrageprocedure, waarbij de vrije advocaatkeuze ontegensprekelijk geldt en;
- Arbitrage, bemiddeling of andere erkende buitengerechtelijke vorm van geschillenbeslechting. Voor die laatste procedures is de verzekerde enkel vrij om bijvoorbeeld een arbiter of bemiddelaar te kiezen.

Concreet waarborgt de wetswijziging van 9 april 2017 de vrije keuze van advocaat in een gerechtelijke, administratieve of arbitrageprocedure, **maar niet** in geval van bemiddeling of een andere erkende buitengerechtelijke vorm van geschillenbeslechting.

Over die laatste gevallen stelt de parlementaire voorbereiding uitdrukkelijk dat het de bedoeling is de verzekerde vrij te laten in zijn keuze van bemiddelaar of een andere persoon (ook een arbiter). Op die manier zou gegarandeerd worden dat die derden los staan van de verzekeringsmaatschappijen: dat zou hen toelaten neutraal en professioneel te handelen.

Verder stellen de parlementaire voorbereidingen dat dezelfde vrijheid in bemiddeling debat zou uitlokken en de aanwezigheid van een advocaat zou niet bevorderlijk zijn.

2.

Op deze nieuwe wettekst kwam uiteindelijk toch wel wat kritiek, vooral uit de hoek van de advocaten. De kritiek kan als volgt worden samengevat.

Vooreerst stelde men zich vragen bij de assumptie in de parlementaire voorbereidingen dat de bijstand van een advocaat de kansen op een genegotieerde oplossing in de weg zou staan. Vele bemiddelaars zouden zo'n tussenkomst namelijk als een meerwaarde beschouwen, onder meer omdat de advocaat gebonden is door het wettelijk beroepsgeheim en een bevoorrechte vertrouwensrelatie met de verzekerde in rechtsbijstand heeft. Verder was men van oordeel dat de wetgever uit het oog verloor dat de aanwezigheid van een (vrij gekozen) advocaat hier de controle op de inachtneming van de procedurele waarborgen garandeert. Bijkomend argumenteerde men dat een vrij gekozen advocaat de keuze van de verzekerde kan aanmoedigen die 'voordelige(re)' rechtsgang te verkiezen.

Vervolgens stelde men zich terecht de vraag of de beslissing van de wetgever om de vrije keuze van advocaat in sommige gevallen uit te sluiten - zoals bij bemiddeling, maar niet bij arbitrage, niet discriminerend is. De twee situaties zijn immers vergelijkbaar: er is een geschil en beide technieken kunnen leiden tot een beslissing die kan worden gehomologeerd door de rechtbank en zo de gevolgen heeft van een vonnis (artikel 1733 Ger. W.).

De wetswijziging strookt volgens de critici tevens niet met de relevante Europese rechtspraak. Elke verzekerde die een rechtsbijstandsverzekering sluit, moet immers recht hebben op de bijstand van een vrij gekozen advocaat voor alle gevallen waarin zijn belangen op het spel staan, ongeacht de manier waarop het geschil wordt beslecht:

- Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moeten de bepalingen van de richtlijn 87/344/EG zo worden uitgelegd dat de belangen van de verzekerden ruim worden beschermd zonder dat zij zich bijvoorbeeld beperken tot de situatie dat de rechtsbijstandsverzekeraar besluit dat een externe rechtshulpverlener onder de arm moet worden genomen (zie onder andere HvJ 7 november 2013, C-442/12, Sneller t./ DAS).
- In een arrest van 7 april 2016 (C-5/15) oordeelde het Hof van Justitie dat de relevante bepalingen uit de richtlijn zo moeten worden uitgelegd dat het bedoelde begrip 'administratieve procedure' mee de fase van bezwaar bij een bestuursorgaan omvat, waarin dat orgaan een voor beroep in rechte vatbaar besluit geeft. Het recht van de verzekerde om zijn rechtshulpverlener vrij te kiezen, heeft immers een algemene strekking en een bindend karakter, aldus het Hof van Justitie.

Tot slot stellen critici dat de vroege tussenkomst van een advocaat in de minnelijke fase tot een kleinere instroom van jurisdictionele procedures kan leiden.

Men stelde dan ook dat het gewijzigde artikel 156, 1° van de wet van 4 april 2014 op de verzekeringen een aantal belangen van alle stakeholders schendt.

4.3 De arresten van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof

De Orde van Vlaamse balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophone waren het daar niet mee eens en stelden op 19 oktober 2017 een beroep tot vernietiging in bij het Grondwettelijk Hof.

In een eerste middel voerden zij aan dat het gemaakte onderscheid tussen arbitrage- en bemidde-

lingsprocedures ongrondwettig is.

In een tweede middel beargumenteerden zij dat de wet de artikelen 10 en 11 GW schenden, in samenhang gelezen met artikel 201 Solvabiliteit II. Dat artikel bepaalt immers dat in elke rechtsbijstandsverzekering uitdrukkelijk bepaald moet worden dat, als een advocaat wordt gevraagd om 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 te kiezen.

Het Grondwettelijk Hof besloot op 11 oktober 2018 om een prejudiciële vraag te stellen aan het Europese Hof van Justitie: valt een (buiten) gerechtelijke bemiddelingsprocedure ook onder het begrip ‘gerechtelijke procedure’? Op 14 mei 2020 antwoordde het Hof van Justitie daarop positief (C-667/18).

4.3.1 Arrest Hof van Justitie dd. 14 mei 2020

Zoals hoger reeds aangehaald, betrof de aanleiding tot het arrest in kwestie een prejudiciële vraag ingediend door het Grondwettelijk Hof van België in een arrest van 11 oktober 2018. Het arrest van het Hof van Justitie interpreteert de draagwijdte van artikel 201 (1) (a) van de Richtlijn 2009/138/EC binnen de context van bemiddelingsprocedures.

Hogervermeld artikel met als opschrift “vrije keuze van een advocaat”, bepaalt: “1. In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandsverzekering wordt uitdrukkelijk 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; ...”.

Het begrip ‘gerechtelijke procedure’ kan niet worden beperkt tot uitsluitend niet-administratieve procedures voor een gerecht in de eigenlijke zin en ook niet door een onderscheid te maken tussen de voorbereidende fase en de besluitfase van zo’n procedure. Elke fase die kan leiden tot een procedure bij een rechterlijke instantie, zelfs een voorafgaande fase, valt onder het begrip ‘gerechtelijke procedure’. Een gerechtelijke bemiddeling valt dus per definitie onder dat begrip. De rechter beveelt daarbij immers de bemiddeling en homologeert in principe het eventuele akkoord. Ook een buitengerechtelijke bemiddeling valt onder het begrip wanneer de bemiddeling werd geleid door een erkende bemiddelaar; de partijen wijzen in dat geval zelf een bemiddelaar aan en leggen het eventuele akkoord voor aan een rechter ter homologatie.

Zie hiervoor overweging 42 van het arrest van het Hof van Justitie.²

Het Hof verwijst naar eerdere uitspraken, namelijk inzake Massar en Büyüktip en onderstreept dat een ruime interpretatie dient te worden gegeven aan de draagwijdte van de richtlijn teneinde de belangen van de verzekerden adequaat te beschermen (punten 26 en 37 tot 40 van het arrest).

² Gelet op één en ander dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 201, lid 1 onder (a) van richtlijn 2009/138 aldus moet worden uitgelegd dat het in deze bepaling bedoelde begrip “gerechtelijke procedure” ook betrekking heeft op een procedure voor gerechtelijke of buitengerechtelijke bemiddeling waarbij een rechterlijke instantie betrokken is of kan zijn, hetzij bij het inleiden van deze procedure, hetzij na afloop ervan”.

4.3.2 Arrest Grondwettelijk Hof dd. 22 oktober 2020

Uit de interpretatie van het Hof van Justitie leidt het Grondwettelijk Hof in een arrest van 22 oktober 2020 af dat artikel 156, 1° W. Verz. de artikelen 10 en 11 GW, in samenhang gelezen met artikel 201 Solvabiliteit II, zou schenden in de interpretatie dat de verzekerde geen vrije advocaatkeuze heeft bij een gerechtelijke of buitengerechtelijke bemiddelingsprocedure onder begeleiding van een erkende bemiddelaar.

Het Grondwettelijk Hof kiest uiteindelijk voor een elegante beslechting van het vernietigingsberoep: artikel 156, 1° W. Verz. moet met name in die zin worden geïnterpreteerd dat 'gerechtelijke procedure' ook betrekking heeft op gerechtelijke en buitengerechtelijke bemiddeling onder begeleiding van een erkende bemiddelaar.

Tot een vernietiging van het bewuste artikel kwam het dus niet.

Het Hof vond dat een vernietiging van de ingevoerde vrije advocaatkeuze in arbitrageprocedures geen onmiddellijk gevolg zou geven aan het arrest van het Hof van Justitie en stelde zich tevreden met een grondwetsconforme interpretatie

4.4 Interpretatie arresten is voer voor discussie

1.

De vraag stelt zich of het arrest van het Hof van Justitie van 14 mei 2020 en het arrest van het Grondwettelijk Hof dd. 22 oktober 2020 een algemene draagwijdte hebben.

Wij zijn van mening dat, gelet op de inhoud van het arrest van het Hof van Justitie dd. 14 mei 2020, deze vraag positief beantwoord dient te worden.

Het arrest, alhoewel uitgesproken met betrekking tot de bemiddeling gaat o.i. veel verder dan bemiddelingsprocedures alleen. Het doet immers een uitspraak over het algemeen beginsel van de vrije keuze van advocaat binnen een rechtsbijstandscontract.

Overwegingen 29 en 31 van het arrest van het Hof van Justitie lijken ons standpunt te ondersteunen.

Overweging 29 bepaalt als volgt:

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

Overweging 31 bepaalt als volgt:

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

Wij menen dan ook dat dit arrest de vrije keuze van de advocaat garandeert in het kader van een rechtsbijstandscontract en dit voorafgaand aan een daadwerkelijke gerechtelijke procedure (zoals bijvoorbeeld tijdens een opsporingsonderzoek).

2.

Dit betekent dat de door de rechtsbijstandsverzekeraars verdedigde en toegepaste stelling volgens dewelke de vrije keuze van advocaat door de verzekerde slechts zou kunnen worden ingeroepen op het ogenblik dat een gerechtelijke procedure *sensu stricto* moet worden gevoerd en niet in de voorbereidende fase van pogingen tot minnelijke regeling of onderhandelingen, uitdrukkelijk verworpen wordt.

Het betreft een cruciaal discussiepunt in verband met de rechtsbijstandspolissen en de uitwerking ervan. Vele betwistingen tussen advocaten en rechtsbijstandsverzekeraars houden immers verband met het ogenblik waarop de advocaat op kosten van de verzekeraar gevat kan worden.

De verzekeraars betogen op grond van een, zoals uit het besproken arrest blijkt, foutieve interpretatie van artikel 201 dat de verzekerden in de voorafgaande fase geen vrije keuze van advocaat hebben. Zij hanteren deze interpretatie om dan het dossier in deze fase te laten behandelen, hetzij door hun behandelende dossierbeheerder, hetzij door een advocaat die zij zelf kiezen. Eén en ander kan niet worden weggewuifd op grond van de overweging dat de echte advocaat eigenlijk maar nodig is bij een gerechtelijke procedure.

De tussenkomst van een onafhankelijk advocaat van eigen keuze van bij het begin van het geschil is primordiaal. De praktijk leert immers dat indien de verzekerde zich neerlegt bij de weigering van de rechtsbijstandsverzekeraar om de advocaat van zijn keuze aan te stellen bij het begin van het geschil, dit later ook niet meer gebeurt. Het is bovendien evident – of minstens is het risico reëel – dat de dossierbeheerder, maar ook de advocaat aangesteld door de rechtsbijstandsverzekeraar niet uitsluitend de belangen van de verzekerde op het oog heeft, maar rekening houdt met richtlijnen inzake kostenbesparing van de rechtsbijstandsverzekeraar.

3.

Daarenboven stellen wij ons de vraag of het standpunt van de rechtsbijstandsverzekeraars, dat advocaten enkel de contentieuze fase zouden moeten beheren, in het algemeen niet strijdig is met hoger vermelde Europese rechtspraak, met name de arresten Massar en Büyüktip waarin een ruime bescherming van de verzekerde geprezen wordt.

Niets staat eraan in de weg dat conform de eigen gedragsregels en de adviezen van de gemengde commissie rechtsbijstandsverzekering, de rechtsbijstandsverzekeraar kan proberen een vergelijk te treffen met een tegenpartij van haar verzekerde. Maar zodra er geen vergelijk tot stand komt en/ of er definitieve betwisting wordt gevoerd, belandt de verzekerde in de contentieuze fase, ongeacht het belang van de zaak.

De tussenkomst van een rechtsbijstandsverzekeraar in een minnelijke afwikkeling van strafrechtelijke aangelegenheden is overigens *quasi* onbestaande, zodat wij niet goed begrijpen waarom de kosten en erelonen van advocaten in de opsporingsfase niet gedekt zouden moeten worden door de rechtsbijstandsverzekeraar, zeker wanneer de tussenkomst opportuun is en een latere strafrechtelijke verdediging ten goede kan komen.

Bovendien lijkt het zo te zijn dat het standpunt van de rechtsbijstandsverzekeraars ingegeven is door financiële overwegingen.

O.i. overtuigt deze overweging niet, te meer nu een tussenkomst in de pre-gerechtelijke fase (bijvoorbeeld tijdens een opsporingsonderzoek naar aanleiding van een verkeersinbreuk), latere kosten kan vermijden.

Tot slot menen wij ook dat rekening dient te worden gehouden met overweging 5 van het Protocol-akkoord tussen de bij Assuralia aangesloten rechtsbijstandsverzekeraars, de OVB en de OBFV. Voor- melde overweging bepaalt dat verzekeraars en de balies bevestigen dat het voor de verzekerde noodzakelijk of minstens nuttig kan zijn om, in bepaalde omstandigheden, voor of buiten iedere pro- cedure, welke die ook moge zijn, op de bijstand van een advocaat kunnen rekenen.

Of de vrije keuze van een advocaat ook gewaarborgd wordt in de pre-gerechtelijke fase, bijvoorbeeld tijdens een opsporingsonderzoek, zal voer voor discussie blijven.

5. Besluit

De vrije keuze van een advocaat heeft een algemene strekking en vindt meer en meer toepassing in de pre-gerechtelijke fase.

De rechtsbijstandsverzekeraar erkent ook in de pre-gerechtelijke fase meer en meer het belang van de bijstand van een advocaat en aldus van de vrije keuze van een advocaat.

Elk verzoek tot dekking door de rechtsbijstandsverzekering dient echter in concreto beoordeeld te worden.

Mr. Piet Janssen