

# Vrije advocaatkeuze en de rechtsbijstandverzekering

Mr. D. B. Holthinrichs\*

## 1 Inleiding

In dit themanummer met de Nederlandse bevrijding in 1945 indachtig is het aardig om een korte blik op de Europese integratie te werpen. Met de Europese verwezenlijking en codificatie van elementaire grote vrijheden vertoont het recht van vrije advocaatkeuze verwantschap. Het maakt er zelfs onderdeel van uit. Voor een goed begrip van de ontwikkeling van het recht van vrije advocaatkeuze is een blik op de Europese oorsprong onontbeerlijk. Met een korte anekdote kan worden geïllustreerd hoe de oorsprong van de hedendaagse Europese Unie een opvallende overeenkomst vertoont met de ontwikkeling van het recht van vrije advocaatkeuze.

Na de Tweede Wereldoorlog verenigden zes landen, waaronder Nederland en Duitsland, zich in de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) 1952. Het doel was om de oorlogen uit te bannen door het gemeenschappelijk beheren van de grondstoffen kolen en staal, om zo oorlog tussen de grote mogendheden Duitsland en Frankrijk – de aartsrivalen – onmogelijk te maken. Tegelijkertijd voorzag men de toetreding van andere Europese landen. Met de ondertekening van het Verdrag van Rome in 1957 ging de EGKS op in de Europese Economische Gemeenschap (EEG).

De oprichting van de EEG geschiedde op bijzondere wijze. Vijftig jaar na oprichting onthulde hoogleraar Hendrik Vos van de Universiteit Gent dat de zes lidstaten het Verdrag van Rome in – vanzelfsprekend – Rome sloten door 180 blanco bladzijden te ondertekenen.<sup>1</sup> Dit kon gebeuren vanwege het hectische en voortschrijdende totstandkomingsproces. Nadat een concept was opgesteld, vond het verdrag een geheel nieuw bestaan. De originele stukken waren door een bizar voorval – door het per abuis ontkoppelen en achterblijven van de goederenwagon waarin de documenten zich bevonden – niet beschikbaar toen de onderhandelaren in Rome aankwamen. In allerijl moesten inspanningen worden geleverd om de tekst af te krijgen voor ondertekening op de reeds geplande datum. Uiteindelijk was op ‘het uur U’ geen tekst beschikbaar en werd een stapel blanco papier ondertekend.

Het recht van vrije advocaatkeuze kent vanzelfsprekend een minder ludieke en impulsieve oorsprong. Wanneer we de ontwikkeling van het keuzerecht bekijken, valt echter wel op dat

het recht van vrije advocaatkeuze zich van zijn historische oorsprong lijkt te onwortelen. Het wordt – net als het Verdrag van Rome als het ware – opnieuw opgebouwd, waarbij de contouren worden verkend. Ditmaal vormt het criterium ‘rechtsbescherming van verzekerden’ het richtsnoer.

In deze bijdrage schets ik voor een goed begrip allereerst de Europese oorsprong van het recht van vrije advocaatkeuze, dat met discussies tussen de lidstaten over de bescherming van verzekerden tegen belangenconflicten is verweven. Het recht van vrije advocaatkeuze was binnen die context een beschermingsmaatregel. Achtereenvolgend zal ik hierna ingaan op de invoering van het keuzerecht, de positie van de Nederlandse regering destijds en die van rechtsbijstandverzekeraars, die gericht was op de bevordering van een (in beginsel) natura-rechtsbijstandverzekering. Uiteindelijk zal blijken dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) een heel andere, autonome, uitleg aan het recht van vrije advocaatkeuze heeft gegeven. Diverse afbakeningsvragen zijn daarbij gerezen en blijven bestaan.

## 2 Het recht van vrije advocaatkeuze in Richtlijn 87/344/EEG

De discussie die al jaren woedt over de ‘vrije advocaatkeuze’ – of beter gezegd ‘vrije keuze van rechtshulpverlener’ – draait om het keuzerecht met betrekking tot *gerechtelijke en administratieve procedures*. Dit recht was verankerd in art. 4 Richtlijn 87/344/EEG uit 1987, dat bepaalde:

### ‘Artikel 4

1. In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat
  - a. indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een *gerechtelijke of administratieve procedure* te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen;
  - b. de verzekerde vrij is om een advocaat of, indien hij daar de voorkeur aan geeft en voor zover het nationale recht zulks toestaat, een andere gekwalificeerde persoon te kiezen om zijn belangen te behartigen *wanneer zich een belangenconflict* voordoet.’

\* Mr. D.B. Holthinrichs is advocaat bij Zaan Advocaten te Zaandam.

1. Artikel in dagblad *Trouw* van 22 maart 2007.

Richtlijn 2009/138/EG (Solvency II) bevat in art. 201 dezelfde bepaling. De bepaling van dit artikel onder sub b, dat ziet op de situatie dat alle maatregelen ter voorkoming van belangenconflicten ten spijt een belangenconflict is ontstaan, staat in deze bijdrage niet centraal.<sup>2</sup> Ik richt me op het recht van vrije advocaatkeuze ten aanzien van gerechtelijke en administratieve procedures, genoemd onder sub a van dit artikel. Die bepaling hangt naar mijn mening samen met het doel van de gemeenschapswetgever om belangenconflicten bij de rechtsbijstandverzekering te voorkomen, maar heeft – zoals we aan de hand van hierna te bespreken rechtspraak zullen zien – een ander karakter gekregen.

### 3 De rechtsbijstandverzekering in de jaren tachtig, vóór harmonisatie van de regelgeving

Het recht van vrije advocaatkeuze is niet bedacht binnen de EEG. Het bestond al in verschillende Europese staten.<sup>3</sup> De toepassing ervan was evenwel niet onomstreden. Vanuit de advocatuur werd de kritiek geleverd dat het recht van vrije advocaatkeuze regelmatig niet of niet tijdig werd aangeboden. Die kritiek zag met name op multibrancheverzekeraars, dat wil zeggen verzekeraars die onder één dak verschillende verzekeringsbranches combineerden.<sup>4</sup> Over het combineren van de rechtsbijstandverzekering met andere verzekeringsbranches binnen een verzekeringsmaatschappij bestonden uiteenlopende opvattingen.<sup>5</sup> Bondsrepubliek Duitsland hield er de strengste opvatting op na: aldaar moest de rechtsbijstandverzekering strikt gescheiden worden beoefend (specialisatie-eis).<sup>6</sup>

We raken hier aan een van de twee doelstellingen van de rechtsbijstandrichtlijn, Richtlijn 87/344/EEG: het voorkomen en bestrijden van ‘belangenconflicten’.<sup>7</sup> De Europese regelgever was ervan doordrongen dat de verzekerde moest worden beschermd tegen het – met name bij multibrancheverzekering maatschappijen bestaande – gevaar dat bij de verzekeringsmaatschappij *bijzondere* financiële belangen bestonden die zich niet met de rechtshulpverlening

verhouden.<sup>8</sup> Dit is meestal het geval wanneer de verzekerde met een tegenpartij wordt geconfronteerd die bij dezelfde maatschappij verzekerd is. Het gevaar bestaat dan dat de maatschappij zich niet maximaal zal inzetten voor de rechtsbijstandverzekerde. Dit laat zich illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld.

*Verzekerde A is bij maatschappij X voor rechtsbijstand verzekerd. Zijn tegenpartij, verzekerde B, is ook bij maatschappij X verzekerd, maar voor aansprakelijkheidsrisico's. A stelt B aansprakelijk en beiden doen een beroep op maatschappij X. De verzekeringsmaatschappij is nu gehouden om A rechtsbijstand te verlenen en voor B waar mogelijk de aansprakelijkheid te betwisten. Maatschappij X moet zich tegen zichzelf keren. Zij heeft een bijzonder belang bij suboptimale rechtshulpverlening aan A, zodat zij het risico dat zij aan A moet uitkeren ten behoeve van B beperkt.*

Dit risico moest uiteraard worden vermeden. Vooral bij multibranchemaatschappijen was dit vaak aan de orde, maar ook gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars konden in concernverband beïnvloeding van andere branches ondervinden. Dit probleem vergde maatregelen ter bescherming van verzekerde tegen belangenconflicten.

Het probleem van belangenconflicten beperkte zich niet tot de maatschappij zelf. Ook op het niveau van de advocaat die regelmatig voor de maatschappij optrad, ‘de huisadvocaat’, manifesteerde het probleem zich. Deze advocaten traden het ene moment op voor de aansprakelijkheidstak en dan weer voor de rechtsbijstandtak. De rechtsbijstandverzekerde was zijn incidentele cliënt en de verzekeringsmaatschappij zijn reguliere. Het risico dat de advocaat bij zijn optreden voor rechtsbijstandverzekerde zich vooral de bijzondere belangen van zijn regelmatige opdrachtgever, de verzekeringsmaatschappij, aan zou trekken, was levensgroot. Dit probleem verwezenlijkte zich wederom in voornoemd voorbeeld, wanneer de advocaat die voor A optreedt, weet dat door zijn succesvol optreden maatschappij X moet uitkeren voor aansprakelijkheid van B.

De Europese Commissie onderkende dit euvel in haar richtlijnvoorstel voor de latere Richtlijn 87/344/EEG. Zij introduceerde een pakket maatregelen ten aanzien van de rechtshulpverlening door de rechtsbijstandverzekeraar. Met het oog op de inschakeling van de externe (huis)advocaat stelde zij voor:

‘Artikel 5 – vrije keuze van de advocaat

De verzekeringsovereenkomsten voor rechtsbijstand schrijven voor dat de verzekeraar de kosten en honoraria

2. Deze bepaling ziet met name op het geval dat twee met elkaar strijdende rechtsbijstandverzekerden zich voor rechtshulpverlening melden bij dezelfde verzekeringsmaatschappij of hetzelfde schaderegelingskantoor. De in de richtlijn geregelde maatregelen kunnen die situatie niet voorkomen, zodat er toch een belangenconflict ontstaat. Het werd uiteraard niet wenselijk geacht dat één rechtshulpverlener tegelijkertijd zowel een verzekerde als diens tegenpartij bijstaat.

3. Rechtsschutz in Europa 1976, afl. 2, p. 10 e.v.

4. Zie D.B. Holthinrichs, *Vrijheid verzekerd? Een onderzoek naar de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze in rechtsbijstandverzekeringen* (diss. Heerlen), Zutphen: Paris 2018, p. 38 e.v.

5. Rechtsschutz in Europa 1977, afl. 4, p. 117-118.

6. Zie Rechtsschutz in Europa 1977, afl. 4, p. 118; Holthinrichs 2018, par. 4.2-4.4.

7. Zie over de verschillende vormen van belangenconflicten uitgebreid G. Eidam, *Spartentrennung in der Rechtsschutzversicherung* (diss. Hamburg), 1984.

8. Het woordje ‘bijzondere’ heb ik bewust recursieerd. Het algemeen belang om in de uitvoering zo min mogelijk kosten te maken, gezien via de premie reeds is betaald voor de prestatie, is universeel aan alle verzekeringen (‘verzekeraars willen uitkeringen voorkomen’). Dit gevaar bestaat evenzogoed bij dienstverlening tegen betaling van een *fixed fee*. Bij dienstverlening tegen een uurtarief is het probleem omgekeerd en bestaat het gevaar dat te veel wordt gedeclareerd.

van de advocaat voor zijn rekening neemt die met de verdediging van de belangen van de verzekerde is belast. Het lijkt niet gewenst dat deze advocaat tevens de vaste advocaat van de verzekeringsmaatschappij is, vooral wanneer deze meerdere branches beoefent. Anders zou de advocaat in een moeilijke positie geraken. De richtlijn bepaalt dan ook dat verzekerde zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen. Hieraan moet nog worden toegevoegd dat indien de verzekerde geen raadsman kiest de richtlijn niet verhindert dat de verzekeraar dat doet, maar zulks uitsluitend als subsidiaire mogelijkheid.<sup>9</sup>

Deze bepaling zag op het moment *dat een externe advocaat* werd ingeschakeld. Met een vrije advocaatkeuze op dat moment werd voorkomen dat verzekerde de huisadvocaat van verzekeraar werd opgedrongen. Deze visie van de Europese Commissie werd overigens gedeeld in de Nederlandse praktijk. Begin jaren tachtig boden verzekeraars doorgaans de vrije advocaatkeuze *wanneer een advocaat werd ingeschakeld*, maar de randvoorwaarden verschilden.<sup>10</sup>

Deze door de Europese Commissie voorgestelde bepaling mondde uiteindelijk uit in de hiervoor geciteerde bepaling art. 4 Richtlijn 87/344/EEG.<sup>11</sup>

#### 4 Vrije advocaatkeuze en operationele waarborgen ten aanzien van rechtsbijstandverzekeraar

Richtlijn 87/344/EEG bevorderde de vrijheid van vestiging van verzekeringsmaatschappijen, maar bevatte ook maatregelen ter voorkoming en beperking van belangenconflicten.<sup>12</sup>

In de preambule was het belang van het recht van vrije advocaatkeuze evenwel vrij algemeen geformuleerd:<sup>13</sup>

‘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; (...)’

Nederlandse verzekeraars zijn sindsdien uitgegaan van een beperkt recht van vrije advocaatkeuze. Dit strookte met het standpunt van de Nederlandse regering eind jaren tachtig, bij implementatie van Richtlijn 87/344/EEG. Aanvankelijk werd in Nederland het toepassingsbereik restrictief uitgelegd.<sup>14</sup> Aldus de regering:

‘Artikel 4, eerste lid, van de richtlijn schrijft voor dat de verzekerde zelf het recht heeft zijn advocaat of een andere ingevolge het nationale recht gekwalificeerde persoon te kiezen. Deze vrije advocatenkeuze komt de verzekerde in de eerste plaats toe indien een advocaat of andere deskundige wordt gevraagd zijn belangen in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Over de vraag wanneer dit moet gebeuren laat onderdeel a van genoemde bepaling zich evenwel niet uit. Behoudens in het geval dat een verzekeraar opereert volgens de derde methode en er dus sprake is van een juridische kostenverzekering op grond waarvan de verzekerde bij behoefte aan rechtsbijstand direct de hulp van een advocaat kan inroepen, staat in alle overige gevallen die vraag ter beoordeling van de verzekeraar zelf. In het algemeen zal de verzekeraar eerst een advocaat of andere deskundige inschakelen indien hij bij voorbeeld op grond van het geldende procesmonopolie daartoe gedwongen is of wanneer hij binnen zijn eigen onderneming niet over de vereiste specifieke deskundigheid beschikt om zijn verzekerden op adequate wijze te kunnen bijstaan.’<sup>15</sup>

De consensus was aldus dat het minimumrecht van vrije advocaatkeuze moest worden geboden wanneer de zaak werd uitbesteed, meestal vanwege het procesmonopolie. Een ruimere keuzevrijheid was optioneel.

De interne rechtshulpverlening door of krachtens verzekeraar was eveneens verschoond van belangenconflicten. Ik bespreek kort de drie maatregelen: (1) gescheiden beheer, (2) uitbesteding van rechtshulp aan een schaderegelingskantoor en (3) een contractuele ruime variant van de vrije advocaatkeuze.<sup>16</sup> Het gescheiden beheer houdt in dat de verzekeringsmaatschappij operationeel intern de rechtshulpverlening afscheidt van overige verzekeringsbranches (‘Chinese walls’). De tweede variant gaat een stap verder en houdt in dat de rechtshulpverlening geheel wordt uitbesteed aan een extern bureau, een schaderegelingskantoor (SRK was tot voor kort een groot schaderegelingskantoor). De derde, uitermate kostbare, variant bleek in Nederland nooit populair. Verzekeraar levert zelf dan geen rechtshulp maar vergoedt enkel de kosten (‘kostenverzekering’).

9. COM(79)396 def., p. 10.

10. H. Bruin, *Advocatuur en rechtsbijstandverzekering*, *Advocatenblad* (62) 1982, afl. 8, p. 205. Hij merkt op dat er her en der beperkende bepalingen waren opgenomen in verzekeringsvoorwaarden. Het betrof dan met name de duidelijkheid waarmee de keuzevrijheid van verzekerden kenbaar wordt gemaakt aan verzekerde en het moment waarop verzekerde keuzevrijheid had, (slechts) bij aanvang van de zaaksbehandeling of op het moment dat die keuze moet worden gemaakt.

11. Zie over het proces van richtlijnvoorstel tot richtlijn en de visies van de lidstaten tijdens de behandeling van het richtlijnvoorstel in de Raad van de EEG, Holthinrichs 2018, i.h.b. hoofdstuk 6.

12. Richtlijn 87/344/EEG, resp. eerste en vierde preambule.

13. Juist deze algemene formulering is wel als argument genoemd voor een ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze van art. 4 lid 1 sub a Richtlijn 87/344/EEG, zie arrest Sneller, HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717, r.o. 23.

14. Zie G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 374, W.H. van Boom, *Enige recente ontwikkelingen in de particuliere rechtsbijstandsverzekering*, TvC 2011, afl. 1, p. 9 en Holthinrichs 2018, hoofdstuk 2 en 7 (met verwijzing naar rechtspraak).

15. Kamerstukken II 1988/89, 21076, nr. 3, p. 4.

16. Zie Holthinrichs 2018, par. 5.7 en 7.2.2. Zie ook Van Boom 2011, p. 8-15.

Deze interne maatregelen boden derhalve bescherming tegen het eerdere voorbeeld waarin kruisbestuiving kon worden gevreesd. De rechtshulpverlening werd geïsoleerd. De vrije advocaatkeuze vormde het sluitstuk, omdat in geval van inschakeling van een externe rechtshulpverlener ook op dat niveau bescherming moest worden geboden.

### 5 De vrije advocaatkeuze: van maatregel ter bescherming tegen belangenconflicten naar grondrecht

Ruim tien jaar geleden is de voornoemde visie van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars en de Nederlandse regering ter discussie komen te staan. Het HvJ EU heeft inmiddels een heel andere uitleg gegeven. De koppeling met belangenconflicten is niet meer aan de orde. Het keuzerecht is uitgegroeid tot een grondrecht. De reikwijdte van de bepaling is wezenlijk uitgebreid, terwijl de regierol van rechtsbijstandverzekeraars verregaand wordt ingeperkt. Daarmee is het primaat van verzekeraars op de rechtshulpverlening en de premiestelling onder druk komen te staan. De maatschappelijke rol van de rechtsbijstandverzekering komt daarmee opnieuw onder de aandacht.<sup>17</sup> Tegelijkertijd heeft Nederland een aparte positie binnen Europa gezien de grote schaal van natuurrechtshulp door rechtsbijstandverzekeraars.<sup>18</sup>

In Nederland is vanuit de advocatuur veelvuldig kritiek geweest op de restrictieve wijze waarop het vrije keuzerecht werd toegepast.<sup>19</sup> Het kwam dan ook niet geheel onverwacht dat juist vanuit Nederlandse hoek prejudiciële vragen werden gesteld over toepassing van het recht op vrije advocaatkeuze. Het Oostenrijkse arrest Eschig van het HvJ EU uit 2009 bood daarvoor de opmaat.<sup>20</sup> Het Hof sprak zich in dat arrest namelijk in vrij ruimhartige en duidelijke bewoordingen uit over het recht van vrije advocaatkeuze:

‘Zo verleent in de eerste plaats artikel 4, lid 1, van richtlijn 87/344 aan de verzekerde het recht om zijn rechtshulpverlener te kiezen, maar beperkt het dit recht tot gerechtelijke of administratieve procedures, behoudens in gevallen waarin zich een belangenconflict voordoet. Het gebruik van het adjectief “elke” in combinatie met de tijd van het

werkwoord “bepalen” wijzen op de *algemene strekking* en het *bindende karakter* van deze regel.’<sup>21</sup>

De toenmalig minister van Justitie Opstelten bleef nog standvastig. Hij hield vast aan de oorspronkelijke lijn dat het recht van vrije advocaatkeuze zich doorgaans beperkte tot dossiers waarin het *procesmonopolie* aan de orde was.<sup>22</sup>

Het daaropvolgende arrest van het HvJ EU over het geschil tussen rechtsbijstandverzekerde Sneller en DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij (DAS) werd vrijwel onvermijdelijk. In deze Nederlandse zaak werd de hamvraag aan het HvJ EU voorgelegd (vrij vertaald): *mag het vrije-advocaatkeuzerecht in het kader van gerechtelijke en administratieve procedures worden beperkt tot die situaties dat de zaak extern gaat (na overleg tussen de maatschappij en verzekerde een externe rechtshulpverlener wordt ingeschakeld)?* DAS opperde dat beperkte uitleg besloten lag in de woordjes ‘indien (...) wordt gevraagd’ in de tekst van art. 4 lid 1 sub a Richtlijn 87/344/EEG. DAS wees ook op de hiervoor geschetste doelstelling van de richtlijn: het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten, terwijl de interne rechtshulpverlening door de maatschappij adequaat was beschermd via de maatregelen van art. 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG.

In een kernachtige overweging maakte het Hof een einde aan de onzekerheid en bezegelde het het lot van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars:

‘Aldus vloeit uit artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344 in samenhang met de elfde overweging van de considerans ervan voort dat de vrije advocaatkeuze van de verzekeringnemer niet kan worden beperkt tot de situaties waarin de verzekeraar besluit dat een externe rechtsbijstandverlener in de arm moet worden genomen.’<sup>23</sup>

Het Hof ging voorbij aan de systematische bescherming die de richtlijn biedt tegen belangenconflicten, intern en op het niveau van de advocaat. Het destilleerde een ruimer beschermingsdoel uit (de context en doelstellingen van) de richtlijn.<sup>24</sup> Het Hof stelde vast dat rechtsbijstandverzekerden een recht op vrije advocaatkeuze hadden, gekoppeld aan een gerechtelijke of administratieve procedure, ongeacht of zij verder (konden) worden bijgestaan door (juristen of interne advocaten van de) rechtsbijstandverzekeraar.

Het recht van vrije advocaatkeuze heeft hiermee een originair karakter gekregen. Het keuzerecht is niet meer gekoppeld aan de noodzaak tot voorkoming en beperking van belangencon-

17. Zie o.a. de conclusie van A-G Spier (ECLI:NL:PHR:2012:BW7507) voorafgaand aan het arrest van 28 september 2012, onder 3.4.1; longread van het Verbond van Verzekeraars, De toekomst van de rechtsbijstandverzekeraar: hoe ziet deze er uit in 2025?, p. 7 (www.verzekeraars.nl). Zie Van Boom 2011, p. 8-9.

18. Holthinrichs 2018, par. 2.3. T. Steinz, Gaat het wel goed met onze rechtsbijstandverzekeringen?, NJB 2018, afl. 23, p. 1651-1652. Dit heeft vooral te maken met de uitzonderingen op het procesmonopolie, die het toelaten dat ook niet-advocaten in sommige procedures (met name kantonzaken) in rechte optreden. Anderzijds zijn de advocaattarieven niet gereguleerd, zoals in Duitsland bijv. het geval is.

19. Zie o.a. Bruin 1982, p. 169-233; J. Roth, Rechtsbijstandverzekeraars en de vrije advocaatkeuze, L&S 2009, p. 3-4.

20. HvJ EG 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538, NJ 2009/593 m.nt. H.B. Krans (Eschig/Uniq).

21. HvJ EG 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538, NJ 2009/593 m.nt. H.B. Krans (Eschig/Uniq), r.o. 47 (curs. DH).

22. Aanhangsel Handelingen II 2010/11, nr. 560.

23. HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717, r.o. 23.

24. Holthinrichs 2018, p. 206. Het Hof noemt niet specifiek welk doel exact is gediend met de ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze, hetgeen weer tot afbakeningsproblemen leidt. Immers, een duidelijk doel kadert het beschermingsbereik van een bevoegdheid/recht af.

flicten. Het staat op zichzelf. Ook wanneer belangenconflicten helemaal niet zijn te duchten, wanneer verzekeraar rechtshulp verleent conform de (tegen belangenconflicten beschermende) voorschriften van art. 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG, kan verzekerde alsnog aanspraak maken op een vrije keuze. Je zou het recht van vrije advocaatkeuze in rechtsbijstandverzekering daarmee een Europees grondrecht kunnen noemen.

In vele Europese lidstaten zal het Sneller-arrest niet problematisch zijn geweest. In veel landen wordt de rechtshulp standaard uitbesteed, waar rechtshulpverlening (in rechte) tot het domein van advocatuur behoort.<sup>25</sup> Dit is in Nederland geheel anders. De rechtsbijstandverzekeraar verleent juist in beginsel zelf ('in natura') rechtshulp. Daarbij kan hij uitgebreid gebruikmaken van de ruime mogelijkheden die het Nederlandse civiele procesrecht biedt om onder andere in arbeidszaken, huurzaken en consumentenkoopzaken bij de kantonrechter te procederen zonder vertegenwoordiging door een advocaat (zie art. 93 Rv). Dit is een uitzondering op het procesmonopolie van de advocatuur.

### 6 Afbakeningsvraagstukken ten aanzien van het herijkte recht van vrije advocaatkeuze

Met de vaststelling van een autonoom, originair recht van vrije advocaatkeuze met betrekking tot gerechtelijke of administratieve procedures (niet gerelateerd aan de mogelijkheid van belangenconflicten) door het HvJ EU was de kous nog niet af. Het Hof heeft het recht van vrije advocaatkeuze nader toegelicht in het licht van het belang van rechtsbescherming van rechtsbijstandverzekerden. Dit heeft op zijn beurt verschillende afbakeningsvragen doen rijzen naar de reikwijdte van het keuzerecht, hetgeen niet verwonderlijk is, aangezien de doelstelling (en grenzen) van het recht van vrije advocaatkeuze ongewis is geworden. De behoefte aan afbakening van verzekeraars is – vanwege de benodigde voorspelbaarheid van de verzekerde risico's die gemoeid zijn met de rechtsbijstandverzekering – bij Nederlandse verzekeraars groter dan ooit tevoren.

In de twee Nederlandse arresten Massar en Büyüktipi van 7 april 2016 sprak het HvJ EU zich uit over de reikwijdte van het begrip 'administratieve procedure'.<sup>26</sup> Ik acht deze uitspraken weinig verrassend. Het Hof bepaalde dat de voorliggende bestuursrechtelijke procedures (een ontslagprocedure bij het UWV en een bezwaarprocedure bij het CIZ) kwalificeerden als 'administratieve procedures'. Het HvJ EU werkt in deze arresten nader uit dat een ruime vrije advocaatkeuze voortvloeit uit de behoefte aan *rechtsbescherming van verzekering*

*de*, in relatie tot een opvolgende gerechtelijke procedure of het ontbreken van een adequate rechtsingang na de betreffende voorliggende bestuursrechtelijke procedure (bij de UWV-procedure).

Het (voorlopig) sluitstuk van het Europese vrije-advocaatkeuzedossier is het zeer recente arrest van het HvJ EU in een Belgische zaak van 14 mei 2020.<sup>27</sup> In dit arrest heeft het Hof de koppeling van rechtsbescherming en een ruim recht van vrije advocaatkeuze nog meer aangezet. De gevolgen voor de Nederlandse praktijk van dit arrest kunnen minstens zo groot worden geacht als bij het Sneller-arrest uit 2013.

Het betrof ditmaal een procedure waarin prejudiciële vragen werden gesteld door de Belgische Orde van Advocaten. Het is relevant dat de zaak draaide om een Belgische wettelijk geregelde bemiddelingsprocedure. De Belgische wetgeving regelt twee vormen van bemiddeling (wat we hier ten lande 'mediation' noemen): een buitengerechtelijke en gerechtelijke bemiddeling. Bij gerechtelijke bemiddeling blijft de zaak 'onder de rechter' en betreft de bemiddelingsprocedure een parallelle procedure ten overstaande van een bemiddelaar. Bij de buitengerechtelijke bemiddeling is geen rechtszaak aanhangig, maar zowel de gerechtelijke als de buitengerechtelijke bemiddeling (indien de bemiddelaar erkend is door de federale bemiddelingscommissie) kan leiden tot een gerechtelijke bemiddelingsbeschikking, met kracht van vonnis. De rechter bekrachtigt alsdan een door partijen gesloten bemiddelingsakkoord, waarbij hij dat slechts kan weigeren bij strijd met de openbare orde of indien het akkoord dat werd bereikt na een bemiddeling in familiezaken strijdig is met de belangen van de minderjarige kinderen.

Het HvJ EU heeft het begrip gerechtelijke procedure tegen die achtergrond ruim uitgelegd. Onder het bereik van de gerechtelijke procedure als bedoeld in art. 201 Richtlijn 2009/138/EG (het vroegere art. 4 Richtlijn 87/344/EEG) valt niet enkel de gerechtelijke procedure *in eigenlijke zin*:

'30 Het begrip "gerechtelijke procedure" in de zin van artikel 201 van richtlijn 2009/138 moet even ruim worden uitgelegd als het begrip "administratieve procedure", aangezien het voorts incoherent zou zijn om deze twee begrippen verschillend uit te leggen wat betreft het recht om een advocaat of vertegenwoordiger te kiezen.

31 Hieruit volgt dat het begrip "gerechtelijke procedure" niet kan worden beperkt tot uitsluitend niet-administratieve procedures voor een gerecht in eigenlijke zin, en ook niet door een onderscheid te maken tussen de voorbereidende fase en de besluitfase van een dergelijke procedure. *Elke fase die kan leiden tot een procedure bij een rechterlijke instantie, zelfs een voorafgaande fase, moet dus worden geacht onder het begrip "gerechtelijke procedure" in de zin van artikel 201 van richtlijn 2009/138 te vallen.*<sup>28</sup>

25. Zie Holthinrichs 2018, hoofdstuk 9, voor een rechtsvergelijking met Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk. Zie Steinz 2018, p. 1651-1652.

26. HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:216 (Massar/DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij) en HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:218 (Büyüktipi/Achmea Schadeverzekeringen NV & Stichting Achmea Rechtsbijstand). Zie ook H.B. Krans & F.Q. van der Pol, Vrije advocaatkeuze en rechtsbijstandverzekeringen, TCR 2018, afl. 2, p. 26-27. D.B. Holthinrichs, Free Choice of a Lawyer: The ECJ Judgments of 7 April 2016 and the Concept of 'Administrative Proceedings', EJCL 2016, afl. 2, p. 21-27.

27. HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372.

28. HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372, r.o. 30-31.

Het Hof heeft in dit arrest het belang van rechtsbescherming benadrukt.<sup>29</sup> Het heeft daarmee de ingezette koers voortgezet. Het Hof benadert het voorliggende vraagstuk niet vanuit de objectieve uitleg van het begrip ‘gerechtelijke procedure’, maar het kijkt naar de mogelijke behoefte aan rechtsbescherming die een verzekerde kan hebben met betrekking tot zijn procedurele rechtsbescherming. Het komt daarbij aan op het gevaar dat voor een verzekerde geen of een beperktere rechterlijke toets openstaat in zijn geschil. Dit doet zich vooral voor wanneer de rechter in de opvolgende fase slechts nog een marginale toets hanteert, zoals bij de onderhavige Belgische bemiddelingsprocedure het geval is bij bekrachtiging van een bemiddelingsakkoord.

Dit laatste arrest aangaande de reikwijdte van de ‘gerechtelijke procedure’ doet (opnieuw) veel stof opwaaien in Nederland. Het Verbond van Verzekeraars heeft snel positie ingenomen en gesteld dat het arrest geen relevantie heeft voor Nederlandse rechtsbijstandverzekeringen.<sup>30</sup> Het benadrukt dat de Belgische bemiddelingsprocedure, aan de orde in dit arrest van het HvJ EU, in Nederland niet bestaat. De Nederlandse Orde van Advocaten stelt daarentegen dat het HvJ EU de reeds ingezette koers bestendigt en een nadere algemene uitleg heeft gegeven over het begrip ‘gerechtelijke procedure’.<sup>31</sup>

Ik meen dat het Verbond van Verzekeraars een te beperkte strekking aan het arrest toekent. Het Hof wijdt wel degelijk veel algemene overwegingen aan de strekking van het begrip ‘gerechtelijke procedure’. Deze overwegingen zijn nieuw en geven een geheel andere lading aan het begrip. In het arrest Eschig overwoog het Hof nog dat de vrije advocaatkeuze van art. 4 lid 1 sub a Richtlijn 87/344/EEG aan de orde was wanneer een gerechtelijke procedure was ingesteld.<sup>32</sup> Dit uitgangspunt is verlaten, waar het Hof nu overweegt ‘dat het begrip “gerechtelijke procedure” niet kan worden beperkt tot uitsluitend niet-administratieve procedures voor een gerecht in eigenlijke zin’. Daaruit volgt dat er volgens het HvJ EU geschilsituaties zijn die onder het bereik van de vrije advocaatkeuze van genoemd artikel vallen, zonder dat het gerechtelijke of administratieve procedures in eigenlijke zin betreft.

29. Zie o.a. HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372, r.o. 33 e.v.

30. Zie het standpunt van het Verbond van Verzekeraars, die bepleiten dat het arrest zich beperkt tot de voorliggende Belgische bemiddelingsprocedure ([www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)).

31. Zie de publicatie van 18 juni 2020 van Mr-online: ‘Verruiming vrije advocaatkeuze dwingt tot bezinning’ ([www.mr-online.nl](http://www.mr-online.nl)).

32. HvJ EG 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538 (Eschig), r.o. 50 (curs. DH): ‘De oplossing van artikel 3, lid 2, sub c, van richtlijn 87/344 verleent de verzekerden immers ruimere rechten dan artikel 4, lid 1, sub a, van deze richtlijn. Zo voorziet deze laatste bepaling slechts in een recht om vrij zijn rechtshulpverlener te kiezen voor het geval dat een gerechtelijke of administratieve procedure wordt ingesteld. Volgens de oplossing van artikel 3, lid 2, sub c, van de richtlijn daarentegen mag de verzekerde de behartiging van zijn belangen toevertrouwen aan een rechtshulpverlener zodra hij uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst het recht heeft het optreden van de verzekeraar te eisen, dus ook voordat er sprake is van enige gerechtelijke of administratieve procedure.’

De frase ‘elke fase die kan leiden tot een gerechtelijke procedure’ van rechtsoverweging 31 van het arrest zou er bij een zeer ruime uitleg zelfs op kunnen duiden dat *in feite alle geschillen* van het begin tot eind onder het bereik van de vrije advocaatkeuze vallen. De rechtsbijstandverzekering zou daarmee in feite een ‘kostenverzekering’ worden. De rechtsbijstandverzekeraar zou dan – indien verzekerden daarvoor opteren – slechts nog de declaraties van externe rechtshulp vergoeden. Dit verhoudt zich in de Nederlandse situatie vanzelfsprekend niet met de bescheiden premie van het product, zodat de premie dan flink omhoog moet wanneer verzekerden massaal die vrije keuze als zodanig gebruiken. Bovendien zou de afbakening ‘gerechtelijke of administratieve procedure’ in art. 201 Richtlijn 2009/138/EG zinledig zijn geworden evenals het onderscheid tussen naturaverzekeraars en kostenverzekeraars in art. 200 Richtlijn 2009/138/EG.<sup>33</sup> Dat duidt erop dat toch een wat beperktere uitleg voor de hand ligt.

Maar ook een beperktere uitleg, waarbij het Hof ‘slechts’ onder het bereik van de vrije keuze wil brengen die gevallen waarin verzekerde in de voorfase rechtsbescherming behoeft tegen *elementaire fouten of verzuimen* die tot verlies of beperking van mogelijkheden in de opvolgende gerechtelijke procedure kunnen leiden, zou nog steeds bijzonder ruim kunnen zijn.<sup>34</sup> Vele gevallen zijn te bedenken die dan mogelijk toch onder het recht van vrije advocaatkeuze zouden kunnen vallen: in geval van het moeten stuiten van de verjaring van rechtsvorderingen, wanneer een ingebrekestelling moet worden verstuurd, enzovoort. Telkens betreft het noodzakelijke handelingen ter ‘rechtsbescherming’, om de kansen in een procedure zo groot mogelijk te houden. De uitleg van de reikwijdte van dit arrest zal dan ook voor veel verdere discussie zorgen.

Nu het HvJ EU weinig richting heeft gegeven aan het nieuwe begrip ‘voorafgaande fase’, die voorafgaat aan de gerechtelijke procedure in eigenlijke zin, concludeer ik voorzichtig dat die fase wel enige ‘procedurele kenmerken’ moet hebben en zodoende een afgebakend karakter heeft. Dit was het geval in de hiervoor besproken zaken Massar en Büyüktipi, maar ook in deze laatste zaak voor het HvJ EU. De Belgische bemiddelingsprocedures kennen ook een eigen, autonoom, karakter en zou je zodoende in de redeneertrant van het Hof met enige goede wil een voorafgaande (procedurele) fase van een gerechtelijke procedure kunnen noemen. Als die ‘voorafgaande fase’ helemaal geen procedurele kenmerken zou hebben, dan wordt de strekking van het recht van vrije advocaatkeuze van art. 201 lid 1 sub a Richtlijn 2009/138/EG wel erg abstract en wordt het begrip ‘gerechtelijke procedure’ uit de bepaling wel extreem uit zijn verband gehaald.

33. Waarom zou het Hof dan niet sec hebben overwogen dat verzekerden ook voorafgaand aan een gerechtelijke procedure recht hebben op een vrije advocaatkeuze, zonder een uitgebreide toetsing van de noodzaak tot rechtsbescherming in het voorliggende geval?

34. De A-G die voorafgaand aan het arrest concludeerde, lijkt daarop te inspelen. Zie conclusie A-G Saugmandsgaard Øe van 11 december 2019 voorafgaand aan dit arrest van het HvJ EU, punt 86-89.

Kortom, met de voornoemde nieuwe rechtspraak van het HvJ EU na het Sneller-arrest heeft het Hof de bakens verder uitgezet en de rechtsbijstandverzekering een ander karakter gegeven. De verzekering schuift steeds verder op van een natura-verzekering naar een kostenverzekering. Hoewel op nationaal niveau nog verder zal moeten worden uitgezocht wat bedoeld is met het begrip ‘voorafgaande fase’, is zeker dat verzekeraars zich wederom moeten beraden over hoe zij de aanwassende kosten zullen bestrijden en de verzekering gezond houden.

### 7 Tot besluit

Het hiervoor beschreven proces dat het recht van vrije advocaatkeuze heeft doorgemaakt, is een uitstekend voorbeeld van de rechtsontwikkeling van Europees recht sinds het moment dat de Europeesrechtelijke regel is uitgevaardigd. Aansluitend bij het begin van deze bijdrage kan worden geconcludeerd dat het recht van vrije advocaatkeuze sterk verweven is met de Europese ontwikkeling. De actieve rol die het HvJ EU zich aanmeet, is niet uitzonderlijk, als men bijvoorbeeld de vergelijking maakt met zijn rol in de ontwikkeling van Europese grondrechten, die momenteel in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn gebundeld.<sup>35</sup> Deze rechten zijn tot wasdom gekomen in rechtspraak van het Hof, waarin het zich heeft laten inspireren door gemeenschappelijke tradities van de lidstaten en mensenrechtenverdragen waarbij de lidstaten partij waren.<sup>36</sup> Bij het recht van vrije advocaatkeuze ten aanzien van gerechtelijke en administratieve procedures van art. 4 lid 1 sub a Richtlijn 87/344/EEG (inmiddels art. 201 Richtlijn 2009/138/EU) heeft het Hof een vage bepaling invulling gegeven. Het is daarbij voorbijgegaan aan de kerndoelstellingen van de richtlijn, maar heeft aanknopings gezocht bij het belang voor verzekerden van rechtsbescherming. Het Hof laat zich ook niet beperken door de (op zichzelf afgebakende) begrippen ‘gerechtelijke of administratieve procedure’. Zodoende creëert het Hof stap voor stap een soort grondrecht voor rechtsbijstandverzekerden, vanuit een soort bredere Europeesrechtelijke context.

De grenzen van het recht van vrije advocaatkeuze ten aanzien van gerechtelijke en administratieve procedures zijn daarmee nog niet vastgesteld. In nationaal bestek zal aan de hand van de richtsnoeren van de rechtspraak van het Hof worden uitgediept hoe ver het keuzerecht daadwerkelijk strekt. Daarbij zal een wezenlijke tegenstelling bestaan tussen enerzijds de rechtsbijstandverzekeraars – die hun naturadienstverlening beschermen – en anderzijds verzekerden en door hen te kiezen externe rechtshulpverleners, die een ruime keuzevrijheid voorstaan.

Het achterliggende belang dat de discussie aan blijft wakkeren, is dat van de omvang van de kostenvergoeding voor de gekozen externe rechtshulpverlener. Daarbij staan twee volstrekt legitieme belangen tegenover elkaar: aan de ene kant dat van

verzekeraars bij behoud van lage kosten en aan de andere kant dat van externe rechtshulpverleners bij ruimere vergoedingen. Bijzonder is dat het belang van verzekerden aan beide kanten van die medaille ligt. Verzekerden hebben zowel belang bij het behoud van lage premies als bij een ruime keuzevrijheid. Het gaat er maar net om welke verzekerde je treft: de behouden verzekerde die genoeg neemt met een toegewezen jurist of diegene die zijn eigen jurist wil kiezen en zo nodig wat meer premie wil betalen. Met een verschuiving van de balans naar ruimere keuzevrijheid zullen er ergens in de keten concessies moeten worden gedaan om de balans te handhaven. Het moet immers ‘uit de lengte of uit de breedte’ komen.

Op dit kruispunt zien we vrijheid met verantwoordelijkheid kruisen. Uiteindelijk gaat het bij verzekeren om collectief betaalde premies. Niet elke verzekerde wil een grote vrijheid (veel nemen genoeg met bijstand door een jurist van de maatschappij). Dit betekent dat alle relevante betrokkenen (verzekeringsmaatschappij, verzekerden, advocatuur en andere externe rechtshulpverleners, de Nederlandse regering en die van andere lidstaten) uiteindelijk een verantwoordelijkheid hebben in deze problematiek. Naar mijn idee staat de toegang tot het recht van rechtszoekenden voorop. Zowel qua betaalbaarheid van de rechtsbijstandverzekering alsook wat betreft de adequate rechtsbescherming en toereikende mate van vrije advocaatkeuze.

35. PbEU 2010, C-83/02. Zie T. Barkhuysen & A.W. Bos, De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht, JBplus 2011, p. 3-4.

36. Barkhuysen & Bos 2011, p. 4.