

# Een algemeen en autonoom recht

## Over het recht op vrije advocaatkeuze en de europeanisering van het verzekeringsrecht

AV&S 2022/27

**In dit artikel staat het recht op vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandverzekeringen centraal. Naar aanleiding van recente rechtspraak van het Kifid en het Europese Hof van Justitie wordt onderzocht hoe ver het recht op vrije advocaatkeuze in de buitengerechtelijke fase reikt. Betoogd wordt dat het recht op vrije advocaatkeuze geldt in buitengerechtelijke situaties waarin de rechtspositie van de verzekeringnemer definitief wordt vastgesteld.**

### 1. Inleiding

Op grond van het Europese recht hebben verzekerden bij een rechtsbijstandverzekering het recht om zelf een advocaat of andere gekwalificeerde rechtshulpverlener te kiezen die hun belangen behartigt in een 'gerechtelijke of administratieve procedure'.<sup>2</sup> In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is dit 'recht op vrije advocaatkeuze' door de jaren heen steeds verder uitgebreid. Laatstelijk in 2020 oordeelde het Hof van Justitie, in een Belgische zaak, dat verzekerden het recht op vrije advocaatkeuze toekomt in "elke fase die kan leiden tot een procedure bij een rechterlijke instantie, zelfs een voorafgaande fase".<sup>3</sup> Hierop voortbouwend heeft de Geschillencommissie van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) in maart 2021 beslist dat een verzekerde van DAS aanspraak had op vergoeding van de kosten van rechtsbijstand door een zelfgekozen advocaat in de onderhandelingsfase van een geschil.<sup>4</sup>

De uitspraak van de Geschillencommissie heeft tot beroering in de verzekeringsbranche geleid. Nederlandse rechtsbijstandsverzekeraars – marktleider DAS voorop – hanteren van oudsher het model van de natura-rechtsbijstandverzekering, waarbij de verzekerde rechtshulp in beginsel wordt verleend door eigen medewerkers van de verzekeraar of een onafhankelijke uitvoerder, en inschakeling van (duurdere) externe advocaten pas plaatsvindt als het geschil

de gerechtelijke fase bereikt.<sup>5</sup> Het Verbond van Verzekeraars concludeerde naar aanleiding van de uitspraak van de Geschillencommissie dat de rechtsbijstandverzekering voor velen onbetaalbaar dreigt te worden als gevolg van de verruiming van het recht op vrije advocaatkeuze tot de preprocesuele fase.<sup>6</sup> Er werden Kamervragen gesteld, die eveneens blijk gaven van bezorgdheid over de financiële consequenties van de uitspraak, niet alleen voor verzekeraars, maar ook voor verzekerden.<sup>7</sup>

De kwestie liep voorsnog met een sisser af, want in hoger beroep oordeelde de Commissie van Beroep van het Kifid eind vorig jaar dat de "voorafgaande fase" waarvan het Hof van Justitie in de Belgische zaak sprak, "steeds een door het nationale recht ingestelde procedure of een fase in een dergelijke procedure" betreft en dat "steeds aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval" moet worden bezien of daarvan sprake is. In dit geval besliste de Commissie van Beroep dat de kosten van rechtsbijstand door een zelfgekozen advocaat in de onderhandelingsfase niet onder de dekking vielen.<sup>8</sup> Het Verbond reageerde opgelucht,<sup>9</sup> maar in de literatuur klinken minder geruststellende geluiden. Een recht op vrije advocaatkeuze in de buitengerechtelijke fase, met alle kostenstijgingen van dien, wordt in het licht van de Europese uitspraak in de Belgische zaak zeker niet ondenkbaar geacht.<sup>10</sup>

De discussie over de reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze is illustratief voor de uitdagingen waarvoor het Europese recht ons nationale privaatrecht stelt. Europa gebruikt het nationale privaatrecht als 'voertuig' voor het bereiken van hogere doeleinden,<sup>11</sup> in dit geval de harmonisatie

1 Prof. mr. K.J.O. (Kasper) Jansen is hoogleraar Europees aansprakelijkheidsrecht aan Erasmus School of Law. Hij was als cassatieadvocaat aan de zijde van DAS betrokken bij de hierna in par. 3 besproken prejudiciële procedure *Massar/DAS* (over de bestuursrechtelijke reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze, die in dit artikel slechts zijdelings aan de orde is). Citeerwijze: K.J.O. Jansen, 'Een algemeen en autonoom recht. Over het recht op vrije advocaatkeuze en de europeanisering van het verzekeringsrecht', *AV&S* 2022/27, afl. 4.

2 Art. 201 lid 1 onder a Richtlijn 2009/138/EG, zoals geïmplementeerd in art. 4:67 lid 1 onder a Wft (hierna besproken in par. 2).

3 HvJEU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372 (*Orde van Vlaamse Balies*), punt 31 (hierna besproken in par. 4).

4 GC Kifid 31 maart 2021, nr. 2021/0300, sub 3.12.

5 Zie bijv. D.B. Holthinrichs, *Vrijheid verzekerd? Een onderzoek naar de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze in rechtsbijstandverzekeringen* (diss. OU), Zutphen: Paris 2018, p. 29 e.v.

6 Zie het bericht 'Laagdrempelige rechtsbijstandsverzekering dreigt voor velen onbereikbaar te worden' van 6 oktober 2021 op de website van het Verbond ([www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)), onder verwijzing naar C. Behrens e.a. (SEO economisch onderzoek), *Rechtsbijstand en vrije keuzerecht. Economische analyse van impact vrije keuzerecht op toegang tot het recht*, september 2021 (beschikbaar via <https://www.verzekeraars.nl/media/9412/seo-rapport-rechtsbijstand-en-vrije-keuzerecht.pdf>).

7 Vragen van het lid Van Nispen (SP) aan de Minister voor Rechtsbescherming over de vrijheid van advocaatkeuze bij rechtsbijstandverzekeraars, met de daarop gegeven antwoorden van de minister, *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 3329.

8 CvB Kifid 20 oktober 2021, nr. 2021/0042, sub 5.15-5.16 en 5.20.

9 Zie het bericht 'Kifid borgt in beroep toegang tot het recht voor miljoenen Nederlanders' van 2 november 2021 op de website van het Verbond ([www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)).

10 Zie D.B. Holthinrichs, 'Vrije advocaatkeuze en de rechtsbijstandverzekering', *MvV* 2020 (afl. 7/8), p. 273-279 en D.B. Holthinrichs, 'Vrije advocaatkeuze in de buitengerechtelijke fase?', *NTHR* 2021 (afl. 3), p. 119-126.

11 Zie L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon. BW A30), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 4 en 49 e.v.

van het verzekeringsrecht door middel van een EU-brede regeling van het recht op vrije advocaatkeuze. Een dergelijke doelgerichte, top-down benadering – die ook bekend is uit het Europese consumentenrecht – kan op nationaal niveau ontwrichtend uitpakken. Europa kan in zijn doelgerichtheid een ‘wegbereider’ zijn, die het nationale recht verrijkt met nieuwe inzichten, maar ook een ‘stoomwals’, die het nationale recht iets aan flexibiliteit en verfijning ontnemt. De ruimte voor differentiatie en maatwerk – de “specifieke omstandigheden van het geval” waarop de Commissie van Beroep doelt – is logischerwijze beperkt(er) als het Europese doel de nationale middelen heiligt.<sup>12</sup> De vraag is hoe het Europese en het nationale recht elkaar, gelet op hun onderscheiden inhoud en doelstellingen, kunnen versterken. Vanuit dat perspectief onderzoek ik hierna wat Europa leert over het recht op vrije advocaatkeuze in de buitengerechtigde fase, en of dat recht in onze nationale context tot de beoogde uitkomsten leidt.

Ik begin met een uiteenzetting van het Europese en nationale juridisch kader (par. 2), gevolgd door een bespreking van de belangrijkste HvJEU-rechtspraak (par. 3), met speciale aandacht voor de recente uitspraak in de Belgische zaak (par. 4). Vervolgens kom ik toe aan de centrale vraag hoe ver het recht op vrije advocaatkeuze in de buitengerechtigde fase naar geldend Europees recht reikt (par. 5). Ik eindig met enkele meer opiniërende beschouwingen over de vraag hoe het Europese recht op vrije advocaatkeuze vanuit nationaal perspectief moet worden gewaardeerd (par. 6).

## 2. Het recht op vrije advocaatkeuze

Het recht op vrije advocaatkeuze is neergelegd in art. 4:67 lid 1 Wft (voorheen art. 60 Wtv 1993), ter implementatie van art. 4 lid 1 van Richtlijn 87/344 EEG (hierna: de Richtlijn).<sup>13</sup> De Richtlijn is herschikt in Richtlijn 2009/138/EG (Solvabiliteit II; hierna: de herschikte Richtlijn).<sup>14</sup> Omdat de regeling in de herschikte Richtlijn materieel ongewijzigd is ten opzichte van het oude recht en de meeste rechtspraak en literatuur in de sleutel van het oude recht staan, concentreer ik mij hierna op de regeling in de Richtlijn.

De Richtlijn was onderdeel van een meer omvattend Europees regelstelsel, waarmee is beoogd de totstandkoming van een gemeenschappelijke Europese markt voor directe

verzekeringen te bevorderen.<sup>15</sup> Als uitvloeisel van deze primaire doelstelling – coördinatie van de Europese verzekeringsmarkt – heeft de Europese wetgever onder meer een regeling willen treffen om *belangenconflicten* tussen verzekeraars en verzekerden te voorkomen, bijvoorbeeld in gevallen waarin een verzekeraar ieder van de betrokken partijen bij een geschil heeft verzekerd.<sup>16</sup> In de lidstaten bestonden uiteenlopende regelingen voor zulke belangenconflicten, hetgeen als een belemmering voor de toegang tot de Europese verzekeringsmarkt werd beschouwd. Problematisch was met name het Duitse stelsel van ‘verplichte specialisatie’, dat (onder meer) een verbod op het aanbieden van rechtsbijstandverzekeringen door multibranche-verzekeraars bevatte (het zogenaamde ‘cumulatieverbod’).<sup>17</sup>

Ter voorkoming van de bedoelde belangenconflicten én ter coördinatie van de desbetreffende nationale regelingen heeft de Europese wetgever in art. 3 lid 2 van de Richtlijn (vgl. thans art. 200 lid 2 e.v. van de herschikte Richtlijn) een drietal alternatieve modellen voor de uitoefening van het rechtsbijstandverzekeringsbedrijf voorgeschreven, te weten (a) het *specialisatiemodel*, waarbij de verzekeraar door middel van personele scheiding belangenconflicten voorkomt, (b) het *externalisatiemodel*, waarbij de verzekeraar door uitbesteding aan een zelfstandig schaderegelingskantoor belangenconflicten voorkomt, en (c) het *kosten- of restitutiemodel*, waarbij de verzekeraar door het bieden van verzekeringsdekking voor de kosten van externe rechtsbijstand (naar keuze van de verzekerde) belangenconflicten voorkomt.<sup>18</sup>

In aanvulling op de in art. 3 lid 2 voorgeschreven bedrijfsmodellen heeft de Europese wetgever in art. 4 lid 1 van de Richtlijn een regeling getroffen die, ongeacht het door de verzekeraar gekozen bedrijfsmodel,<sup>19</sup> aan elke verzekerde het recht geeft om onder bepaalde omstandigheden – en dus niet, zoals in het onder c bedoelde bedrijfsmodel, in alle door de polis gedekte gevallen – een advocaat of andere rechtsbijstandverlener van zijn keuze in te schakelen (op kosten van de verzekeraar). Art. 4 lid 1 van de Richtlijn luidde als volgt (vgl. thans art. 201 lid 1 van de herschikte Richtlijn):

“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

12 Zie nader K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider. Hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt* (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridisch 2022, p. 27-28.

13 Richtlijn 87/344/EEG van de Raad van 22 juni 1987 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering, *Pb EG L* 185 d.d. 4 juli 1987.

14 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) (herschikking), *Pb EU L* 335/1 d.d. 17 december 2009.

15 Zie de onderdelen 1 tot en met 3 van de considerans van de Richtlijn, met verwijzing naar 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.

16 Zie onderdeel 4 van de considerans van de Richtlijn.

17 Zie onderdeel 8 van de considerans van de Richtlijn. Zie nader bijv. Holthinrichs, *Vrijheid verzekerd?*, 2018, p. 251 e.v. en de conclusie van A-G Trstenjak voor HvJEU 10 september 2009, C-199/08, *NJ* 2009/593 (*Eschig*), sub 51 e.v.

18 Zie nader bijv. Holthinrichs, *Vrijheid verzekerd?*, 2018, p. 87 e.v.

19 Zie HvJEU 10 september 2009, C-199/08, *NJ* 2009/593 (*Eschig*), punt 48.

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.”

Het recht op vrije advocaatkeuze was (en is) dus uitdrukkelijk níet beperkt tot situaties waarin zich een belangenconflict voordoet (zoals bedoeld in art. 4 lid 1 onder b van de Richtlijn), maar gold (en geldt) telkens wanneer sprake is van het verdedigen, vertegenwoordigen of behartigen van de belangen van de verzekerde in een ‘gerechtelijke of administratieve procedure’ (art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn). Dat het recht op vrije advocaatkeuze aldus zelfstandige betekenis heeft, wordt bevestigd door onderdeel 11 van de considerans van de Richtlijn. Daarin is in algemene termen verwoord “*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*”.<sup>20</sup> Onderdeel 16 van de herschikte Richtlijn is nog algemener geformuleerd, nu daar als voornaamste doel van de richtlijnbepalingen “*een adequate bescherming van verzekeringnemers en begunstigen*” wordt genoemd. Het Hof van Justitie beschouwt het recht op vrije advocaatkeuze als een uitvloeisel van deze beschermingsdoelstelling.<sup>21</sup>

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn blijkt niet met zoveel woorden *waarom* de Europese wetgever heeft willen voorzien in een zelfstandig recht op vrije advocaatkeuze (ook buiten de context van een restitutiemodel als bedoeld in art. 3 lid 2 onder c en ook bij gebreke van een belangenconflict als bedoeld in art. 4 lid 1 onder b van de Richtlijn).<sup>22</sup> Kennelijk meende de wetgever dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde (als bedoeld in onderdeel 11 van de considerans van de Richtlijn) vergt dat hij in het kader van gerechtelijke en administratieve procedures op kosten van de verzekeraar een advocaat van zijn keuze moet kunnen inschakelen. In de literatuur wordt aangenomen dat hierbij de gedachte een rol heeft gespeeld dat een zelfgekozen advocaat ten opzichte van de verzekeraar een onafhankelijker positie inneemt dan een ‘vaste’ of ‘inhouse’

advocaat.<sup>23</sup> Deze gedachte ligt in het verlengde van de aan de Richtlijn ten grondslag liggende hoofdgedachte dat belangenconflicten moeten worden voorkomen. De inschakeling van een zelfgekozen advocaat kan uiteraard ook om andere redenen in het belang van de verzekerde zijn, bijvoorbeeld omdat de advocaat in kwestie over bijzondere expertise beschikt of een bijzondere band met de verzekerde onderhoudt (een huisadvocaat of advocaat uit de regio). Men bedenke echter dat niet ieder belang van de verzekerde een recht op vrije advocaatkeuze ingevolge art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn doet ontstaan. Het komt erop aan of het belang van de verzekerde bij het verdedigen, vertegenwoordigen of behartigen van zijn belangen in een “*gerechtelijke of administratieve procedure*” de inschakeling van een zelfgekozen advocaat rechtvaardigt (zie nader par. 5).

### 3. Vrije advocaatkeuze in de rechtspraak van het HvJEU

In Nederland – met zijn natura-rechtsbijstandverzekeringmodel – leek het recht op vrije advocaatkeuze aanvankelijk een rustig bezit. Verzekeraars gingen er namelijk van uit dat dit recht eerst ontstaat indien de verzekeraar besluit om de zaak uit te besteden aan een advocaat, wat in de praktijk alleen gebeurde in situaties van verplichte procesvertegenwoordiging. Deze uitleg, die uitdrukkelijk en herhaaldelijk is onderschreven door de Nederlandse wetgever,<sup>24</sup> was gebaseerd op de woorden “*wordt gevraagd*” in art. 4:67 lid 1 onder a Wft (oud), zoals letterlijk overgenomen uit art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn (en nog altijd te vinden in art. 201 lid 1 onder a van de herschikte Richtlijn).<sup>25</sup>

In het *Sneller/DAS*-arrest van 7 november 2013 heeft het Hof van Justitie deze uitleg van de hand gewezen. In dat arrest is, in antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad,<sup>26</sup> voor recht verklaard dat de Richtlijn zich ertegen verzet dat een rechtsbijstandverzekeraar in het kader van een (natura-) rechtsbijstandverzekering bedingt dat de kosten van een door de verzekerde vrij gekozen advocaat slechts vergoed kunnen worden indien de verzekeraar van mening is dat de behandeling van de zaak aan een externe rechtsbijstandverlener moet worden uitbesteed. Daarbij maakt het volgens het Hof geen verschil of procesvertegenwoordiging voor de betreffende gerechtelijke of administratieve procedure

20 Cursivering toegevoegd. Zie ook HvJEU 10 september 2009, C-199/08, *NJ* 2009/593 (*Eschig*), punt 52.

21 Zie HvJEU 14 mei 2020, C-667, ECLI:EU:C:2020:372 (*Orde van Vlaamse Balies*), punt 33.

22 Vgl. de conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe voor HvJEU 14 mei 2020, C-667, ECLI:EU:C:2020:372 (*Orde van Vlaamse Balies*), sub 67. Zie nader Holthinrichs, *Vrijheid verzekerd?*, 2018, p. 97 e.v.

23 Zie H.B. Krans en F.Q. van de Pol, ‘Vrije advocaatkeuze en rechtsbijstandverzekeringen’, *TCR* 2018 (afl. 2), p. 23-24, onder verwijzing naar COM(79)396 def., p. 6, waar is opgemerkt dat de advocaat in een moeilijke positie zou belanden wanneer hij de vaste advocaat is van de verzekeringsmaatschappij, vooral wanneer deze meerdere branches uitoefent. Zie in gelijke zin C.F. Michiels, *JBPR* 2020/73, onder 1.

24 Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, nr. 3, p. 4; Vierde nota van wijziging (Wft), *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 541; Vragen van het lid Koşer-Kaya (D66) aan de ministers van Justitie en van Financiën over het toezicht op rechtsbijstandverzekeringen, met de daarop gegeven antwoorden van de minister, *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 560, p. 2.

25 Zie nader Holthinrichs, *Vrijheid verzekerd?*, 2018, p. 145 e.v.

26 HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7507, *NJ* 2012/567 (*Sneller/DAS*).

naar nationaal recht verplicht is.<sup>27</sup> Naar aanleiding van het *Sneller/DAS*-arrest zijn in art. 4:67 lid 1 onder a Wft, ter verduidelijking,<sup>28</sup> de woorden ‘wordt gevraagd’ geschrapt.<sup>29</sup>

Met zijn ruime interpretatie van art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn in het *Sneller/DAS*-arrest bouwde het Hof voort op zijn eerdere arrest *Eschig* uit 2009, waarin reeds in principiële termen was geoordeeld dat het recht op vrije advocaatkeuze ertoe strekt de belangen van verzekerden ‘ruim te beschermen’, dat het een ‘algemeen en autonoom recht’ betreft en dat dit recht een ‘algemene strekking’ en een ‘bindend karakter’ heeft. In het *Eschig*-arrest werd hieruit afgeleid dat de verzekeraar zich niet het recht kan voorbehouden om in gevallen van massaschade waarbij een groot aantal verzekeringnemers zijn betrokken, zelf de rechtshulpverlener voor alle betrokkenen te kiezen.<sup>30</sup>

In het arrest *Stark* ging het om de vervolgvraag of verzekeraars de *dekkingsomvang* voor de kosten van een zelfgekozen advocaat kunnen beperken. Het antwoord hierop luidde in beginsel bevestigend, omdat de richtlijn wel het recht op vrije advocaatkeuze, maar niet de reikwijdte van de dekking harmoniseert. Het Hof formuleerde in dit arrest evenwel als ondergrens dat een beperking van de dekkingsomvang niet ertoe mag leiden dat het recht op vrije advocaatkeuze ‘van haar inhoud wordt beroofd’, hetgeen het geval zou zijn indien een ‘redelijke keuze’ voor een eigen advocaat ‘in de praktijk onmogelijk’ wordt gemaakt. Het is volgens het Hof aan de nationale rechter om dit te beoordelen.<sup>31</sup> In het al genoemde *Sneller/DAS*-arrest gebruikte het Hof dit argument – de mogelijkheid voor verzekeraars om de dekkingsomvang voor vrije advocaatkeuze tot een bepaald minimumniveau te beperken – ter weerlegging van het standpunt van de verzekeraar (DAS) dat vrije advocaatkeuze in procedures zonder verplichte procesvertegenwoordiging tot een aanzienlijke premiestijging zou leiden.<sup>32</sup> Krans verwoordt het in zijn bijbehorende *NJ*-annotatie aldus dat verzekerden weliswaar keuzevrijheid, maar geen ‘blanco cheque’ krijgen.<sup>33</sup>

In 2016 heeft het Hof zich, in de grotendeels gelijklopende arresten *Massar* en *Büyüktipi*, uitgelaten over de uitleg van het begrip ‘administratieve procedure’ in art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn, oftewel over de *bestuursrechtelijke* reikwijdte van het recht op vrije advocaatkeuze. De rechtsbijstandverzekeraars in kwestie (DAS en Achmea) stelden

zich op het standpunt dat géén recht op vrije advocaatkeuze geldt in bestuursrechtelijke voorprocedures – in deze zaken meer concreet de onder het oude arbeidsrecht bestaande ontslagvergunningprocedure bij het UWV (*Massar*) en de bezwaarprocedure tegen een indicatiebesluit van het Centrum Indiatiestelling Zorg (*Büyüktipi*) –, omdat het hier geen ‘gerechtelijke procedures’ betreft.<sup>34</sup> Het Hof verwierp dit standpunt onder verwijzing naar de alternatieve formulering van art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn (‘gerechtelijke of administratieve procedure’) en wederom onder verwijzing naar de door de Richtlijn geboden ‘ruime bescherming’ van verzekerden en de ‘algemene strekking en de verbindendheid’ van het recht op vrije advocaatkeuze. Vermeldenswaard is dat het Hof hierbij opmerkte dat de eventuele *financiële gevolgen* voor de stelsels van rechtsbijstandverzekering “niet tot een restrictieve uitlegging” van het recht op vrije advocaatkeuze kunnen leiden. Daarbij memoreerde het Hof de in *Stark* en *Sneller/DAS* genoemde mogelijkheid voor verzekeraars om de dekkingsomvang tot een bepaald minimumniveau te beperken.<sup>35</sup>

#### 4. Culminatiepunt: het arrest *Orde van Vlaamse Balies* (2020)

Het culminatiepunt van de zojuist besproken rechtspraak werd bereikt in 2020, met het arrest *Orde van Vlaamse Balies*. In dit arrest kreeg (of nam) het Hof voor het eerst de gelegenheid om uitleg te geven aan het begrippenpaar dat centraal staat in de omschrijving van het recht op vrije advocaatkeuze in onderdeel 11 van de considerans, art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn en art. 201 lid 1 onder a van de herschikte Richtlijn: het vereiste van een ‘gerechtelijke of administratieve procedure’.<sup>36</sup>

Het ging in deze zaak om een in België wettelijk gereuleerde vorm van alternatieve geschillenbeslechting, aangeduid als de ‘bemiddelingsprocedure’. In deze procedure, die zowel in het kader van een gerechtelijke procedure (‘gerechtelijke bemiddeling’) als daarbuiten kan plaatsvinden (‘buitengerechtelijke bemiddeling’), onderhandelen de in een geschil verwikkelde partijen onder begeleiding van een erkende bemiddelaar over een ‘bemiddelingsakkoord’, dat ter homologatie aan de rechter kan worden voorgelegd. De rechter kan homologatie slechts in uitzonderlijke situaties weigeren en de homologatiebeschikking heeft de kracht van een vonnis, zodat een gehomologeerd bemiddelingsakkoord voor executie vatbaar is.

De Belgische wetgever had de bemiddelingsprocedure uitgesloten van het recht op vrije advocaatkeuze, met als

27 HvJEU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717, *NJ* 2015/54, m.nt. H.B. Krans onder *NJ* 2015/55 (*Sneller/DAS*), punten 23, 29 en 32. Zie in gelijke zin (na beantwoording van de prejudiciële vragen) HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:396, *NJ* 2015/55, m.nt. H.B. Krans (*Sneller/DAS*), r.o. 2.3.

28 Zie hierover Derde nota van wijziging (Wijzigingswet financiële markten 2015), *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, nr. 10, p. 7.

29 Wijzigingswet financiële markten 2015, *Stb.* 2014, 272 (i.wtr. 1 januari 2015).

30 HvJEU 10 september 2009, C-199/08, *NJ* 2009/593 (*Eschig*), punten 45–47 en 68.

31 HvJEU 26 mei 2011, C-293/10, *NJ* 2011/534 (*Stark*), punten 32–33.

32 HvJEU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717, *NJ* 2015/54, m.nt. H.B. Krans onder *NJ* 2015/55 (*Sneller/DAS*), punten 26–27.

33 H.B. Krans, *NJ* 2015/55, sub 21.

34 Zie voor de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad die leidde tot de vraagstelling aan het HvJEU: HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428, gevolgd door HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2017, *NJ* 2016/393 (*Massar/DAS*).

35 HvJEU 7 april 2016, C-460/14, ECLI:EU:C:2016:216, *NJ* 2016/392 (*Massar*), punten 19 e.v., 23 en 27; HvJEU 7 april 2016, C-5/15, ECLI:EU:C:2016:218 (*Büyüktipi*), punten 17 e.v., 21 en 25.

36 HvJEU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372 (*Orde van Vlaamse Balies*).

argumenten dat de betrokkenheid van advocaten in de bemiddelingsprocedure “niet bevorderlijk is voor de bemiddeling” en de bemiddeling “niet noodzakelijk steunt op een juridische redenering”. De Orde van Vlaamse Balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophones (het Belgische equivalent van de Orde van Advocaten) verzetten zich hiertegen. In de desbetreffende vernietigingsprocedure rees de vraag of het recht op vrije advocaatkeuze (in de herformulering van het Hof van Justitie) “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”.

Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend. Daartoe stelde het Hof, na te hebben herhaald dat het recht op vrije advocaatkeuze een algemene strekking en een bindend karakter heeft (punt 22), voorop dat de Richtlijn en de herschikte Richtlijn geen definitie bevatten van het begrip ‘gerechtelijke procedure’ (punt 24). Voor de uitleg van dit begrip achtte het Hof in de eerste plaats van belang dat de herschikte Richtlijn blijkens onderdeel 16 van de considerans tot doel heeft de belangen van de verzekerden ‘adequaate te beschermen’ (punt 26). Vervolgens maakte het Hof een vergelijking met het verwante begrip ‘administratieve procedure’, dat blijkens de arresten *Massar* en *Büyüktipi* mede buitengerechtelijke voorprocedures omvat (punten 27-28). In navolging van A-G Saugmandsgaard Øe leidde het Hof hieruit af dat het begrip ‘procedure’ in de Richtlijn dus niet alleen de gerechtelijke fase omvat, maar ‘ook de fase die daaraan voorafgaat en tot een gerechtelijke fase kan leiden’ (punt 29). Het begrip ‘gerechtelijke procedure’ moet volgens het Hof even ruim worden uitgelegd als het begrip ‘administratieve procedure’, omdat een verschillende uitleg ‘incoherent’ zou zijn (punt 30). Het Hof komt op basis hiervan tot de volgende, taalkundig gezien verrassende definitie van een gerechtelijke procedure (punt 31):

“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.”

Toegesplitst op de Belgische bemiddelingsprocedure oordeelt het Hof vervolgens dat zowel de gerechtelijke als de buitengerechtelijke variant daarvan onder deze definitie vallen, omdat zij kunnen leiden tot een rechterlijke executiebeschikking die als executoriala titel fungeert (punten 32 e.v.). Het Hof benadrukt in dit verband tot tweemaal toe dat de verzekerde in de bemiddelingsfase “behoefte heeft aan rechtsbescherming” (punten 33 en 38) en merkt hierbij op dat de rol van de advocaat of vertegenwoordiger in de Belgische bemiddelingsprocedure “zelfs belangrijker” kan zijn dan in een bestuursrechtelijke voorprocedure, nu de uitkomst van laatstgenoemde procedure niet bindend is voor de bestuursrechter (punt 37). Bij de bemiddelingsprocedure gaat het daarentegen om “een procedure die de rechtspositie

van de verzekeringnemer definitief kan vaststellen zonder dat er een reële mogelijkheid bestaat om deze positie te wijzigen door middel van een beroep in rechte” (punt 38). Het is kenmerkend dat bijzondere karakter van de Belgische procedure, dat in de ogen van het Hof een recht op vrije advocaatkeuze rechtvaardigt.

De uitspraak is in lijn met de conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe, die zelfs nog een stap verder ging door te betogen dat het recht op vrije advocaatkeuze moet worden gegarandeerd “in alle situaties waarin kwesties in verband met de belangen van de verzekerden worden beslecht zonder dat een beroep wordt gedaan op de overheidsrechter” (sub 86). Hij noemde in dit verband als voorbeelden het indienen van een bezwaar, de verzending van een ingebrekestelling en de stuiting van een verjaringstermijn (sub 89). Volgens de A-G is het “rechtskader waaronder het proces of de handeling kan worden ingedeeld” uiteindelijk beslissend. Als voorbeelden van buitengerechtelijke rechtsbijstand die buiten het recht op vrije advocaatkeuze vallen, noemt hij “contractuele kwesties, zoals de transactie” en “diensten die worden verleend voordat het geschil rijst, zoals het opzoeken of uitwisselen van informatie of het verstrekken van advies” (sub 109).

## 5. Vrije advocaatkeuze in de buitengerechtelijke fase?

Het Verbond van Verzekeraars bracht spoedig na de uitspraak in *Orde van Vlaamse Balies* een persbericht uit met de mededeling dat de uitspraak “geen invloed heeft op de Nederlandse situatie”, omdat er in Nederland – anders dan in België – geen sprake is van “een wettelijk geregelde en met waarborgen omklede bemiddelingsprocedure”.<sup>37</sup> Dat laatste is juist, maar het eerste waag ik te betwijfelen.<sup>38</sup> De publicatie van het persbericht doet mij daarbij vermoeden dat het Verbond er zelf ook niet geheel gerust op is.

De uitspraak in *Orde van Vlaamse Balies* heeft twee gezichten. Enerzijds betreft het een casuïstische uitspraak, die is toegespitst op een specifiek soort buitengerechtelijke procedure in België, welke procedure “de rechtspositie van de verzekeringnemer definitief kan vaststellen” (punt 38). Vanuit dit casuïstische perspectief ligt de uitkomst – een recht op vrije advocaatkeuze, ondanks het buitengerechtelijke karakter van die specifieke procedure – alleszins voor de hand. Zo beschouwd heeft de uitspraak inderdaad weinig betekenis voor de Nederlandse situatie.

Anderzijds is het arrest – evenals *Eschig*, dat ooit de opmaat vormde tot de in dit artikel beschreven rechtsontwikkeling – een principieel gemotiveerde uitspraak, waarin uitdrukkelijk en met verwijzing naar eerdere rechtspraak (*Massar* en *Büyüktipi*) wordt overwogen dat “elke fase die

<sup>37</sup> Zie het bericht ‘Verbond: Uitspraak Europese Hof van Justitie niet van toepassing op Nederlandse rechtsbijstandverzekeringen’ van 15 juni 2020 op de website van het Verbond ([www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)).

<sup>38</sup> Zie in gelijke zin Holthinrichs, *MvV* 2020, p. 278.

kan leiden tot een procedure bij een rechterlijke instantie, zelfs een voorafgaande fase”, moet worden geacht te vallen onder het begrip ‘gerechtelijke procedure’ in de zin van art. 201 van de herschikte Richtlijn.<sup>39</sup> Dat die overweging betekenis kan hebben voor de Nederlandse praktijk, valt moeilijk te ontkennen.

Welke betekenis heeft die overweging? De Geschillencommissie en de Commissie van Beroep van het Kifid verschillen hierover van inzicht. Volgens de Geschillencommissie bestaat een recht op vrije advocaatkeuze daadwerkelijk in elke fase van een geschil die kan leiden tot een gerechtelijke procedure, dus goed beschouwd in het gehele buitengerechtelijke traject vanaf het ontstaan van een conflict.<sup>40</sup> Dat is de ruime, vrijwel ongelimiteerde opvatting die ook A-G Saugmandsgaard Øe voorstaat in zijn conclusie voor het arrest. Vóór deze opvatting pleit dat het Hof herhaaldelijk refereert aan de “behoefte aan rechtsbescherming” die de verzekerde in de buitengerechtelijke fase kan hebben. Als dát het criterium voor afbakening van “gerechtelijke en administratieve procedures” is, valt de gehele preprocesuele fase er inderdaad onverkort onder, want het feit dat de verzekerde aanspraak maakt op vrije advocaatkeuze, impliceert al dat hij behoefte heeft aan rechtsbescherming. Tegen deze ruime opvatting pleit echter dat zij op gespannen voet staat met de tekst van de Richtlijn. Naar normaal spraakgebruik valt niet elke fase die voorafgaat aan een rechtsgeding aan te merken als (onderdeel van) een “gerechtelijke of administratieve procedure”.

De Commissie van Beroep kiest een andere uitleg (of uitweg). Zij overweegt dat steeds aan de hand van de “specifieke omstandigheden van het geval” moet worden gezien of sprake is van “een procedure of een fase in een procedure, die in het licht van de context en de strekking van de richtlijn kan worden aangemerkt als een gerechtelijke of administratieve procedure”. In dit geval had de verzekerde volgens de Commissie van Beroep “te weinig aangevoerd” om dit te kunnen aannemen.<sup>41</sup> Deze benadering lijkt aan te sluiten bij de visie van Holthinrichs, die meent dat de “voorafgaande fase”, die voorafgaat aan de gerechtelijke procedure in eigenlijke zin, wel enige “procedurele kenmerken” moet hebben.<sup>42</sup> Per saldo lijkt deze benadering erop neer te komen dat alleen echte juridische voorprocedures, zoals de Belgische bemiddelingsprocedure en de Nederlandse bezwaarprocedure, die als procedureel voortraject van een gerechtelijke of administratieve procedure fungeren, tot een buitengerechtelijk recht op vrije advocaatkeuze kunnen leiden. Van de principiële strekking van het arrest blijft in deze visie betrekkelijk weinig over.

Ik denk dat de waarheid ergens tussen deze beide uitersten in ligt. In par. 2 bleek al dat de ratio van het recht op vrije advocaatkeuze schuilt in het belang dat de verzekerde heeft bij het verdedigen, vertegenwoordigen of behartigen van zijn belangen door een zelfgekozen advocaat in een “gerechtelijke of administratieve procedure” (onderdeel 11 van de considerans van de Richtlijn). Waar het Hof in *Orde van Vlaamse Balies* refereert aan de “behoefte aan rechtsbescherming” die de verzekerde in de buitengerechtelijke fase kan hebben, doelt het Hof naar mijn indruk op dit belang, dus op buitengerechtelijke situaties waarin – al dan niet in een procedurele context – de rechtspositie van de verzekeringnemer definitief wordt vastgesteld,<sup>43</sup> op een zodanige wijze dat hij daarvan in een eventuele gerechtelijke of administratieve procedure de rechtsgevolgen ondervindt. In deze opvatting is het recht op vrije advocaatkeuze in de preprocesuele fase niet beperkt tot juridische voorprocedures, maar geldt het steeds als in de aanloop naar een eventuele gerechtelijke of administratieve procedure de rechtspositie van de verzekerde op het spel staat. Men denke bijvoorbeeld aan het sluiten van een vaststellingsovereenkomst (finale kwijting), een erkenning van aansprakelijkheid of de keuze om de verjaring van een rechtsvordering al dan niet te stuiten. Dit zijn juridische keerpunten in de buitengerechtelijke fase van een geschil die (kunnen) doorwerken in de gerechtelijke fase en die daarom – zo begrijp ik het arrest – rechtvaardigen dat de verzekerde bij het passeren ervan zich desgewenst kan laten bijstaan door een zelfgekozen advocaat.

Tegen deze achtergrond betwijfel ik of de verzekeringsbranche opgelucht kan ademhalen na de uitspraak van de Commissie van Beroep. De Commissie benadrukt de contractsvrijheid van verzekeraars: de verzekeraar heeft een naturaverzekering aangeboden, op grond waarvan het recht op vrije advocaatkeuze is beperkt tot een “gerechtelijke of administratieve procedure”, en de consument heeft dit aanbod aanvaard.<sup>44</sup> De moeilijkheid is echter dat zulke dekkingsoomschrijvingen EU-conform moeten worden uitgelegd. De contractsvrijheid van verzekeraars is in zoverre door het Europese recht beperkt, dat in elke overeenkomst inzake rechtsbijstandverzekering een recht op vrije advocaatkeuze van de door het Hof omschreven reikwijdte moet worden toegekend.<sup>45</sup> Zelfs als verzekerden bereid zouden zijn om in ruil voor een lagere premie af te zien van hun recht op vrije advocaatkeuze, of genoeg te nemen met een veel beperkter omschreven recht, staat Europa dit niet toe. De contractuele speelruimte voor verzekeraars is beperkt tot het omschrijven van de dekkingsomvang, waarbij bovendien als ondergrens geldt dat de vrije keuze van een advocaat niet praktisch onmogelijk mag worden gemaakt (par. 3). Deze ondergrens geldt dus óók in de buitengerechtelijke fase, zoals omschreven in *Orde van Vlaamse balies*.

39 HvJEU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372 (*Orde van Vlaamse Balies*), punt 31 (cursivering toegevoegd).

40 GC Kifid 31 maart 2021, nr. 2021/0300, sub 3.12.

41 CvB Kifid 29 oktober 2021, nr. 2021/0042, sub 5.16, 5.19-5.20.

42 Holthinrichs, *MvV* 2020, p. 278. Zie voorzichtig instemmend C.F. Michiels, *JBPR* 2020/73, onder 7.

43 Vgl. voor deze bewoordingen HvJEU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372 (*Orde van Vlaamse Balies*), punt 38.

44 CvB Kifid 29 oktober 2021, nr. 2021/0042, sub 5.18.

45 Vgl. R.F. Groos en H.W. Wiersma, *JBPR* 2014/19, onder 5, die opmerken dat de contractsvrijheid “heeft moeten wijken voor de uit de richtlijnen blijvende Europese rechtsopvattingen”.

6. **Europa en de vrije advocaatkeuze: stoomwals of wegbereider?**

Tot zover probeerde ik het recht op vrije advocaatkeuze, zoals dat in de Europese rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen, min of meer neutraal te duiden. De vervolgvraag is hoe over die ontwikkeling moet worden gedacht. Holthinrichs heeft betoogd dat het recht op vrije advocaatkeuze, in het licht van de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie, een ‘Europees grondrecht’ genoemd kan worden.<sup>46</sup> Dat gaat mij te ver. Grondrechten zijn fundamenteel en veelomvattend van aard. Zij staan in het teken van de bescherming en de ontplooiing van het individu en zijn bronnen van uiteenlopende aanspraken die burgers jegens overheden en hun medeburgers geldend kunnen maken. Het recht op vrije advocaatkeuze is veel minder fundamenteel en ook veel minder veelomvattend van aard. Het is in essentie een gewone, op geld waardeerbare dekkingsaanspraak, die vermogensrechtelijk bezien een nogal lege huls vormt,<sup>47</sup> omdat het Europese recht de *omvang* van de dekkingsaanspraak niet harmoniseert, anders dan door de eis te stellen dat die omvang de vrije keuze van een advocaat niet praktisch onmogelijk mag maken (par. 3).

De associatie met grondrechten is wel in zoverre begrijpelijk, dat het recht op vrije advocaatkeuze in de loop der jaren zozeer is opgerekt en veralgemeniseerd, dat het is verworpen tot een nogal vaag concept, dat losgezongen lijkt te zijn geraakt van zijn oorspronkelijke opzet en bedoeling.<sup>48</sup> Uit de hiervoor besproken rechtspraak blijkt dat het Hof van Justitie de in de Richtlijn gebruikte woorden ‘wordt gevraagd’ (in *Eschig* en *Sneller/DAS*) en ‘gerechtelijke of administratieve procedure’ (in *Massar*, *Büyüktipi* en *Orde van Vlaamse Balies*) zo ruim heeft opgevat, dat men zich kan afvragen of en hoe deze woorden (of andere elementen van de regeling) überhaupt begrensd zijn. Het arrest *Orde van Vlaamse Balies* spant wat dit betreft de kroon, omdat het Hof daarin taalkundig contra legem gaat, door onder een ‘gerechtelijke procedure’ mede een buitengerechtelijke procedure te verstaan, en zelfs meer dan dat, namelijk elke ‘fase’ die tot een procedure bij een rechterlijke instantie kan leiden.

Interessant is om terug te gaan naar het startpunt van deze ontwikkeling: het *Eschig*-arrest, waarin het Hof de basis legde voor zijn extensieve interpretatie van het recht op vrije advocaatkeuze. Het Hof duidde daar dat recht aan als ‘een algemeen en autonoom recht’.<sup>49</sup> Naar mijn mening schuilt in die algemeenheid en in het gepretendeerde autonome karakter ervan een probleem. Wat betreft de *algemeenheid*: doordat het recht op vrije advocaatkeuze enerzijds tot buiten zijn natuurlijke grenzen is opgerekt, terwijl

het anderzijds inhoudelijk een lege huls is gebleven (want niet gekoppeld aan een geharmoniseerde dekkingsaanspraak), resulteert daaruit een moeilijk hanteerbare rechtsfiguur, die verzekeraars voor complexe dekkingsvragen stelt (welke minimale dekkingsomvang is nodig om vrije advocaatkeuze niet praktisch onmogelijk te maken?) en die tegelijkertijd verzekerden slechts een ‘sigaar uit eigen doos’ biedt. Het is immers duidelijk – en onvermijdelijk – dat verzekerden uiteindelijk de prijs betalen van een vrije advocaatkeuze: een hogere financiële drempel voor de toegang tot het recht. In dit opzicht valt een parallel te trekken met het Europese consumentenrecht: Europa garandeert de consument een hoog niveau van bescherming, maar materieel schiet de consument daar niet altijd veel mee op.<sup>50</sup>

Wat betreft het gepretendeerde *autonome karakter* denk ik dat een recht op vrije advocaatkeuze moeilijk adequate rechtsbescherming kan bieden aan verzekerden, als bij de invulling daarvan geen rekening wordt gehouden met nationale bijzonderheden, zoals de aard en inhoud van het specifieke verzekeringsproduct, de specifieke taak waarvoor de zelfgekozen advocaat wordt ingeschakeld en het specifieke procesrechtelijke kader waarin of met het oog waarop die inschakeling plaatsvindt. Een Europeesrechtelijk recht op vrije advocaatkeuze dat niet tevens verankerd is in de nationale rechtsorde, blijft – vrees ik – een luchtkasteel: een juridisch bouwwerk dat imponeert, maar geen reële bescherming kan bieden aan justitiabelen. In zoverre ben ik het eens met het oordeel van de Commissie van Beroep, dat aan de hand van de ‘specifieke omstandigheden’ zal moeten worden nagegaan of sprake is van een situatie die als een gerechtelijke of administratieve procedure kan worden aangemerkt. Anders dan de Commissie van Beroep geloof ik niet dat dit steeds een “*procedure of een fase in een procedure*” zal moeten zijn.<sup>51</sup> Het gaat erom of in concreto de rechtspositie van de verzekerde op het spel staat, zodanig dat de uitkomst van een eventuele gerechtelijke of administratieve procedure daardoor zou kunnen worden beïnvloed (zie par. 5).

46 Holthinrichs, *MvV* 2020, p. 276-277.

47 Vgl. de conclusie van A-G Trstenjak voor HvJEU 10 september 2009, C-199/08, *NJ* 2009/593 (*Eschig*), sub 84, waar wordt gesteld dat het ‘normatieve gehalte’ van art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn ‘beperkt’ is.

48 Zie in gelijke zin Holthinrichs, *MvV* 2020, p. 279; Holthinrichs, *NTHR* 2021, p. 125.

49 HvJEU 10 september 2009, C-199/08, *NJ* 2009/593 (*Eschig*), punt 46.

50 Vgl. Jansen, *Stoomwals en wegbereider*, 2022, p. 11.

51 CvB Kifid 29 oktober 2021, nr. 2021/0042, sub 5.19.